

UNIVERSITÉ DE MONTPELLIER
FACULTÉ DE DROIT

LES
SOCIÉTÉS ENTRE ÉPOUX

Étude de Jurisprudence et de Législation

THÈSE

présentée et publiquement soutenue devant la Faculté de Droit de Montpellier

par

VÉLAY Louis

POUR OBTENIR LE GRADE DE DOCTEUR EN DROIT

JURY

MM. DEMONTES, prof., président.
LÉGAL, professeur.
LEMERCIER, chargé de cours.

Assesseurs

MONTPELLIER
IMPRIMERIE MARI-LAVIT
1, Rue de Sauvages

1936

LES SOCIETES ENTRE EPOUX



Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41555203_0025

UNIVERSITÉ DE MONTPELLIER
FACULTÉ DE DROIT

LES
SOCIÉTÉS ENTRE ÉPOUX

Étude de Jurisprudence et de Législation

THÈSE

présentée et publiquement soutenue devant la Faculté de Droit de Montpellier

par

VELAY Louis

POUR OBTENIR LE GRADE DE DOCTEUR EN DROIT

JURY

MM. DEMONTES, prof., président.
LÉGAL, professeur.
LEMERCIER, chargé de cours.

Assesseurs

MONTPELLIER
IMPRIMERIE MARI-LAVIT
1, Rue de Sauvages

1936

FACULTÉ DE DROIT DE MONTPELLIER

MM.

MOYE, Doyen honoraire, professeur de Droit International
Public.

MORIN, Doyen, professeur de Droit Civil.

BECQUÉ, professeur de Droit Civil.

DE NESMES-DESMARETS, professeur de Droit Administratif.

BOSC, professeur de Procédure Civile.

VIALLETON, professeur de Droit Civil.

GUENOUN, professeur de Droit Romain.

COURTIN, professeur d'Economie politique.

LÉGAL, professeur de Droit criminel.

DEMONTÈS, Professeur de Droit Commercial.

ANTONELLI, Professeur d'Economie politique.

TISSET, agrégé d'Histoire du Droit.

DELBEZ, agrégé de Droit public.

DIJOL, Chargé de Cours de Capacité.

LEMERCIER, chargé de cours de Droit romain.

VALÉRY, Doyen honoraire, Correspondant de l'Institut.

DONAT, Secrétaire.

DUBOIS, Secrétaire honoraire.



JURY

MM. DEMONTÈS, professeur, président.

LÉGAL, professeur.

LEMERCIER, chargé de cours.

} Assesseurs

La Faculté n'entend donner aucune approbation ou improbation aux opinions écrites dans les thèses : ces opinions doivent être considérées comme propres à leurs auteurs.

INTRODUCTION

L'étude, qui fait l'objet de ce travail, n'est que l'un des multiples aspects d'un problème plus large, posé par l'insuffisance de notre législation en face des exigences de notre époque.

Notre Code civil n'avait pu et ne pouvait déjà tout régler lors de son élaboration ; en outre, une évolution rapide des idées, des mœurs et des faits s'est produite que le législateur n'a pu suivre. Les bases de la vie des sociétés humaines et des individus se trouvent complètement modifiées depuis le siècle dernier, et nous assistons, non seulement selon la puissante expression de Monsieur le Doyen MORIN à une véritable « révolte des faits contre le Code », mais encore à une désastreuse déficience de celui-ci.

La question des sociétés entre époux s'est posée avec netteté dès le milieu du 19^e siècle ; depuis son intérêt n'a pas cessé et ne cesse de croître. Elle se caractérise par plusieurs traits essentiels : d'abord par l'absence de tout texte législatif qui s'y relate, par la solution originale qui lui a cependant été donnée par la jurisprudence, par l'opposition de plus en plus marquée qui se révèle entre

celle-ci et la doctrine, et enfin, par l'apparition d'éléments nouveaux et actuels, qui, venant s'y ajouter, en justifient un nouvel examen.

ELÉMENTS NOUVEAUX D'ORIGINES DIVERSES

D'une part, en effet, à la suite de la révolution industrielle et économique qui s'est produite au cours du 19^e siècle et au début du 20^e, les questions économiques ont pris, à l'heure actuelle, une importance primordiale : leur rôle est tel, qu'elles tendent au bouleversement de l'organisation sociale elle-même, d'abord, et par voie de conséquence à un profond changement dans la vie des individus, ensuite.

En particulier, l'un des aspects de cette évolution est la tendance à placer les relations entre les hommes sur le plan économique, et non plus seulement sur le plan moral ou simplement juridique. Dans une civilisation fondée sur le libre développement de l'individu et l'appropriation individuelle des gains personnels, les risques que court chaque personne qui agit sont d'autant plus grands que les compétitions sont plus vives. Pour les limiter, les mieux supporter ou en diminuer l'étendue, l'un des moyens qui s'est révélé le plus utile est la mise en société. De là ce développement inouï des sociétés à notre époque.

Remarquons d'ailleurs, que ce développement était déjà avancé avant l'apparition du Code de Commerce, quoique les formes les plus modernes de la société n'aient pris leur pleine extension qu'après sa création. La grande industrie survenue au début du XX^e siècle, parce qu'elle nécessitait de gros capitaux, favorisa la formation de sociétés très étendues et très puissantes, le devenant de plus en plus, au point que la loi de 1867, qui est à la base de leur réglementation actuelle, se présente comme périmée. Des

projets divers ont paru pour la remplacer ou la compléter, d'autres sont à l'étude, mais sa réforme s'impose de façon urgente.

D'autre part, la famille est longtemps demeurée un cercle fermé, la femme restant au foyer, l'homme seul traitant avec les tiers, mais de nos jours une large évolution s'est dessinée : les difficultés toujours accrues de fournir au ménage les moyens de subsister, l'ampleur du mouvement industriel ont amené à l'usine et dans toutes les professions qui touchent au commerce, à côté de l'homme qui s'y trouvait déjà, la femme et l'enfant. Dans l'exercice de son travail, la femme ne s'est point révélée inférieure à l'homme... Un mouvement d'idées s'est formé (le féminisme) qui ne tend rien moins qu'à donner aux représentants de chaque sexe, surtout à chacun des époux, une égalité parfaite de droits.

Pour toutes ces raisons, la loi elle-même a dû reconnaître à la femme une situation et une capacité que ses aïeules n'avaient point (loi du 13 juillet 1907). Dès lors la question se pose : ce que la femme mariée peut faire à l'intérieur de la famille en traitant avec des étrangers, pourquoi ne pourrait-elle pas le faire avec son mari ?

Pourquoi, si les conditions économiques le permettent ou l'exigent, une société ne pourrait-elle pas se former entre les époux, puisque chacun d'eux pourrait la fonder avec des tiers ? Si la société a un double but : permettre la réalisation de gains plus élevés que par un travail personnel, assurer une certaine garantie contre les risques des opérations commerciales, atteindre ce double but est aussi important pour les époux que pour les étrangers et il peut paraître même surprenant, qu'on ait pu songer à l'interdire aux époux, puisque ceux-ci, avant toutes autres personnes, doivent être protégés par le législateur.

Mais la question des sociétés entre époux se pose aussi sous un autre angle : considérées en elles-mêmes, en effet, elles apparaissent d'abord comme étant l'un de ces points dont le Code civil a omis ou négligé (parce que peut-être en 1804 cette institution avait encore peu d'importance) de fixer les règles, et à l'égard desquelles, cependant, notre jurisprudence, jouant en cela le rôle du prêteur romain, a tenté de suppléer à la carence de la loi.

La jurisprudence était-elle fondée à agir ainsi? On ne trouve dans le Code aucun texte relatif à ce genre de sociétés, et à plus forte raison aucun texte qui les interdise. On doit rechercher une justification à son attitude dans ce fait que certains principes traditionnels, en vertu de la force acquise, ont survécu à l'avènement du Code, bien qu'ils n'y eussent pas été intégralement et expressément reproduits. Ils n'ont pas manqué de peser lourdement sur l'esprit des juristes, d'autant plus qu'ils touchaient à la famille.

Mais l'évolution industrielle et économique jointe à la nécessité qui s'impose d'une publicité mieux comprise et mieux organisée en ce qui concerne le commerce juridique, aboutit à ce que ces anciens principes sur lesquels pouvait se fonder, à la rigueur, la solution jurisprudentielle, et considérés auparavant comme devant être entourés du respect le plus absolu, ont subi des atteintes répétées et sont menacés de disparaître: ainsi la puissance maritale, l'immutabilité des conventions matrimoniales, l'interdiction des donations entre époux...

A la survivance de ces principes est lié le fondement de l'interdiction des sociétés entre époux: aussi, le problème qui se pose à leur sujet revient-il à l'ordre du jour.

En outre, avec l'étude des sociétés entre époux se pose la question de savoir si la jurisprudence est juridiquement autorisée à créer une nullité en l'absence de toute dispo-

sition spéciale du Code civil, question qui ne manque pas d'intérêt.

Dans une première partie nous nous proposons d'examiner quelles étaient, dans le droit ancien, les possibilités des époux, pour contracter une société.

Des principes ainsi dégagés, et de divers articles, la jurisprudence tire actuellement la nullité des sociétés entre époux. Elle accorde à cette nullité des caractères et des effets difficiles à justifier. A raison même de ces obscurités et de l'incertitude posée par la solution qu'elle a adoptée, en tenant compte, en outre, des nécessités commandées par notre organisation sociale actuelle, la doctrine, à une quasi unanimité, se dresse contre l'œuvre jurisprudentielle. Ces critiques feront l'objet de notre deuxième partie.

Enfin, la doctrine ne s'est pas bornée à cette œuvre purement négative: elle a présenté certaines suggestions et même un projet de loi relatif spécialement aux sociétés entre époux, œuvre d'une commission nommée par la Société d'Etudes Législatives, a été présenté devant celle-ci et discuté en assemblée générale en 1931. Il tend à accroître la capacité des époux, mais dans quelle mesure? Nous l'étudierons dans notre troisième partie.

Mais ce projet n'est qu'une transaction et n'a qu'une très faible portée. Ne conviendrait-il pas, dans le cadre des réformes qui sont sur le point de se produire, relativement aux deux grands principes qui dominent notre matière (autorité maritale et immutabilité des conventions matrimoniales) d'admettre une validité plus large encore, sinon complète des sociétés entre époux?

Telle est notre opinion.

NOTIONS HISTORIQUES

En l'absence de textes, l'attitude de notre jurisprudence ne peut s'expliquer que par le souci constant d'assurer la sauvegarde des traditions. Il est donc d'un grand intérêt de bien situer l'état du droit antérieur au Code civil.

Cependant, nous nous bornerons au rappel de quelques notions historiques seulement, pour plusieurs raisons. La question des sociétés entre époux ne s'est guère posée, en effet, qu'à notre époque; l'humanité, à ses débuts, était foncièrement individualiste. Elle n'a donc pas fait l'objet d'une réglementation précise. En outre, des études ont déjà paru qui ont épuisé la matière.

Nous passerons successivement en revue le droit romain et notre ancien droit pour aboutir au monument législatif des temps modernes: le Code civil.

Les sociétés entre époux n'étant pas spécialement prévues par les législations anciennes ou les coutumes, nous les rangerons pour la facilité de notre étude dans la catégorie plus générale des contrats à titre onéreux entre époux.

Ceux-ci, comme d'ailleurs toutes les autres personnes, peuvent avoir intérêt à former entre eux divers rapports d'obligation: essentiellement, des contrats à titre gratuit ou des contrats à titre onéreux. Ces derniers n'ont dû intervenir entre les époux que fort longtemps après ceux de la première catégorie: la base et l'essence du mariage étaient, surtout dans les époques anciennes, l'affection et le don mutuel de toutes choses et non l'intérêt et la recherche d'un enrichissement.

La question des sociétés entre époux n'a pu vraiment se poser que dans le droit romain. Car, à l'origine des sociétés humaines, le mariage n'existait pas; la femme était « indépendante de l'homme et même parfois plus puissante que lui... » (1) Mais quand les hommes passèrent de l'état sauvage à l'état patriarcal, la femme perdit son indépendance. « N'étant pas maîtresse de sa personne, la femme n'était pas, non plus, maîtresse de ses biens, ou plutôt, de même que l'esclave, elle ne pouvait posséder aucun bien, tout le fruit de son travail était acquis à son maître » (2) Sur de telles bases, un contrat tel que la société n'était guère possible.

Survint alors le droit romain; au point de vue matrimonial, il se divise en plusieurs périodes:

1) Dans la première, règne le mariage *cum manu*. Selon cette institution, la femme est assimilée au fils de famille et à l'esclave par rapport à son mari. Celui-ci possède un droit absolu sur la personne et les biens de son épouse (3). La femme ne pouvait, en conséquence, passer avec lui des contrats à titre onéreux. «...Impossible entre le père

(1) Voir GME: « De la condition privée de la femme », p. 17.

(2) Même auteur, p. 26. Consulter aussi: Ch. LEFEBVRE: « Introduction générale à l'histoire du droit matrimonial français ».

(3) TROPLONG: « Du contrat de mariage ».

et le fils, ils devaient donc l'être entre mari et femme » (4) puisque celle-ci était *loco filiaë*.

2) Au mariage *cum manu* succéda l'institution du mariage *sine manu*. La femme n'était plus sous l'autorité du mari mais tombait sous la tutelle de ses agnats. Néanmoins, munie de leur *auctoritas*, elle pouvait contracter avec lui comme avec les étrangers.

3) Enfin, cette dernière restriction à l'indépendance de la femme, la tutelle, disparut comme la manus, grâce à l'institution de la dot et des paraphernaux. La première catégorie des biens: la dot, était destinée à la contribution aux dépenses du ménage, la seconde était réservée à la libre administration et mise à l'entière disposition de la femme. Les époux se voyaient conférer ainsi une capacité complète de contracter entre eux; au moins lorsque la femme possédait le *jus liberorum*.

En l'an 46 après Jésus-Christ, le sénateur-consulte Vel-
léien, intervint pour limiter l'indépendance de la femme. Désormais, les époux ne pouvaient s'obliger entre eux que dans la mesure où ces contrats ne renfermaient aucun avantage; l'égalité devait y être rigoureusement observée.

Sous l'ancien droit, deux législations étaient en vigueur:

Dans les pays de droit écrit, par suite de la survivance de la législation de Justinien, les époux avaient « la capacité de contracter entre eux et même de se faire des donations, pourvu que ces donations fussent confirmées par la mort du donateur sans repentir » (5)

Les ordonnances royales vinrent bientôt se superposer au droit romain; dès lors, quelques restrictions se produi-

(4) BOULANGER: « Les contrats à titre onéreux entre époux ». Th. Poitiers, 1901, p. 10.

(5) TROPLONG: « Du contrat de mariage », T. I, n° 206.

sirent. Cependant, les contrats à titre onéreux demeurèrent permis entre les époux.

Dans les pays de coutumes, la femme était considérée comme une incapable; en outre, la règle de l'immutabilité des conventions matrimoniales était survenue et appliquée. Il en résultait des limitations nouvelles à la capacité des époux. D'après la Coutume de Normandie, « la femme est donnée comme tenue de se plier aux actes juridiques voulus par le mari et ne saurait se refuser à consentir tout ce qu'il viendrait à lui demander ou à lui prescrire pour l'aliénation de son propre ou de son douaire. Son devoir est de le laisser faire ou de concourir avec lui sans résistance » (6). L'article 410 disposait, en effet, que « gens mariés ne se peuvent céder, donner ou transporter l'un à l'autre, quelque chose que ce soit, ni faire contrats ou concessions par lesquels les biens de l'un viennent à l'autre, en tout ou partie, directement ou indirectement » (7). Toutes conventions entre époux devaient donc être empêchées et interdites.

De même, l'article 226, chapitre X, de la coutume du Bourbonnais prescrivait: « Le mari, durant le mariage, ne peut faire aucune donation ou autres contrats avec sa femme. » Enfin, d'après Pothier, « cela a pareillement lieu dans les coutumes qui ne s'en sont pas expliquées. »

Cependant, quelques-unes étaient plus libérales, ainsi la coutume d'Auvergne et celle de Ponthieu (art. 47).

En fait, il ne pouvait y avoir guère de sociétés entre époux, puisque dans les pays de coutume, la communauté était une société.

(6) Ch. LEFEBVRE: « L'ancien droit matrimonial de Normandie », p. 77.

(7) Ch. LEFEBVRE: op. cit., p. 94.

La question des sociétés entre époux ne se posera donc vraiment que plus tard; la jurisprudence, pour la solutionner, fera application des deux grands principes d'autorité maritale et d'immutabilité des conventions matrimoniales qui s'imposaient avec rigueur dans notre ancien droit.

DEUXIEME PARTIE

LA JURISPRUDENCE ET LES SOCIÉTÉS ENTRE EPOUX

Notre Code se caractérise, en ce qui concerne les sociétés entre époux, par une absence complète de réglementation. Cependant, la fréquence relative de ce genre de sociétés, jointe aux complications délicates que leur existence pouvait soulever, eût impliqué la nécessité de dispositions précises.

Placée devant la formation et le fonctionnement de telles sociétés, non prévues dans la loi, quelle allait être l'attitude de la jurisprudence?

En principe, celle-ci ne pouvant créer le droit, mais devant se borner à l'application stricte de la loi, devait appliquer aux sociétés entre époux, dont la validité était contestée, les principes généraux que le Code a posés en certains de ses articles.

Parmi ceux-ci, l'un des plus importants exprime l'idée générale que, au point de vue juridique, la capacité est la règle et l'incapacité l'exception. Il se fonde sur l'article 1123 C.C. d'après lequel « toute personne peut contracter, si elle n'en est pas déclarée incapable par la loi ». Dès

l'article suivant, le Code se préoccupe de déterminer de manière expresse les personnes qui devront être considérées comme incapables. Ce sont: « les mineurs, les interdits, les femmes mariées dans les cas exprimés par la loi et généralement tous ceux à qui la loi interdit certains contrats. »

Il ne semble pas qu'on puisse tirer de là, en aucune façon, la condamnation légale, même implicite, des sociétés entre époux.

a) Certes, l'incapacité de la femme mariée est ici nettement posée, mais il ne s'agit que d'une incapacité relative. En conséquence, il lui est interdit d'accomplir aucun acte judiciaire ou extrajudiciaire, de contracter sans l'autorisation maritale. Mais, munie de celle-ci, la femme se retrouve en possession de sa pleine capacité (atténuée toutefois dans une certaine mesure par les règles mêmes du régime matrimonial adopté).

Or, le fait qu'une société est formée entre époux pendant l'état de mariage, implique nécessairement l'idée que le mari a autorisé sa femme. De même, si deux personnes entre lesquelles existait déjà un contrat de société, qu'elles sont décidées à laisser subsister, se marient: par le mariage, le mari se borne à admettre implicitement la continuation de cette société et la règle de l'incapacité de la femme mariée n'est nullement violée.

b) Notons, en outre, que si la loi s'exprime de manière générale à propos des mineurs et des interdits, elle prend soin d'ajouter que les femmes mariées ne seront incapables de contracter que « dans les cas exprimés » par elle.

Tout se borne donc désormais à rechercher si la société entre époux peut être comprise dans ces cas. Il est certain que la loi, comme nous le disions déjà plus haut, n'a pas prévu de manière expresse la question des sociétés entre époux, donc leur prohibition. Mais la jurisprudence pré-

tend que leur nullité, contrairement à l'adage « pas de nullités sans texte », peut être déduite de divers textes épars dans le Code civil et auxquels les sociétés entre époux porteraient indirectement atteinte. Ce sont :

1. L'art. 1388 relatif à l'autorité maritale;
2. L'art. 1395 — à l'immutabilité des conventions matrimoniales;
3. L'art. 1595 — aux ventes entre époux;
4. L'art. 1099 — aux donations entre époux;
5. L'art. 1840 — aux sociétés universelles;
6. Les art. 5 C. Com. et 220 C. Civ. ayant trait à la femme commerçante.

La théorie jurisprudentielle de la nullité des sociétés entre époux doit être étudiée à plusieurs points de vue.

Nous considérerons tour à tour :

1. La portée de la nullité;
 2. Ses causes et ses fondements;
 3. Sa nature et ses caractères;
 4. Ses effets.
-

A. == LA PORTÉE DE LA NULLITÉ

Quelles sont, tout d'abord, les sociétés entre époux frappées de nullité? Celle-ci est-elle générale ou comporte-t-elle des exceptions?

Dans cette étude, nous distinguerons les sociétés:

1. Suivant l'époque de leur formation;
2. — leur nature;
3. — la qualité de leurs membres;
4. — la nature du régime matrimonial des époux.

1. La nullité n'intervient et ne s'applique que du moment où deux associés sont unis par le mariage. Il est donc de la plus haute importance, en notre matière, de connaître l'époque du mariage et la date de la formation de la société. En conséquence, il y a trois sortes de sociétés : celles antérieures au mariage et celles qui lui sont postérieures ou concomitantes.

Mais la jurisprudence ne fait entre elles aucune distinction, elle les condamne toutes sans exception. Cependant, la nullité ne s'impose pas de la même manière dans tous les cas.

On conçoit que les sociétés formées postérieurement au mariage des époux (1) puissent être soupçonnées de fraude... Encore celle-ci devrait-elle être démontrée !

Mais la constitution d'une société entre époux peut être le fait d'un événement étranger à la volonté de ceux-ci : ainsi, dans le cas où l'un d'eux acquiert par dévolution successorale la part d'un de ses proches dans une société dont le second faisait déjà partie... Un jugement, qui avait admis la validité d'une société créée dans ces conditions, fut cassé par la Chambre civile de la Cour de Cassation (2).

En ce qui concerne les sociétés entre époux antérieures au mariage, le fait, que les époux ont envisagé sa continuation postérieurement à leur union, paraît impliquer qu'ils ont admis par avance toutes les atteintes provenant du fonctionnement de la société à l'encontre du régime matrimonial adopté par eux. Cependant, la jurisprudence est unanime à en prononcer la nullité (3)

Il en va de même pour les sociétés entre époux dont la formation est concomitante au mariage (4), bien que leur validité se justifie logiquement. Dans une telle hypothèse, de par la volonté des époux eux-mêmes, contrat de société et contrat de mariage devraient se compléter et non s'exclure. La liberté des conventions matrimoniales leur permet, en effet, de les établir en fonction l'un de l'autre.

2. La jurisprudence annule les sociétés entre époux sans considérer en aucune façon s'il s'agit de sociétés civiles ou de sociétés commerciales. Elle invoque, pour les unes

(1) Cass. 9 août 1851. - D. 52-1-160.

(2) Civ. 24 février 1913. - D. 1913-I-141.

(3) Dijon 27 juillet 1870. - S. 1871-II-268.

Trib. comm. Seine, 21 février 1880. J.T.C. 1881, 358.

Paris, 25 mai 1919. - J.S. 1920, p. 41.

(4) Req. 12 juil. 1887. - S. 1887-I-384.

Civ. 5 mai 1902. - P.F. 1905-I-155.

comme pour les autres, les mêmes raisons et prononce la même sentence (5).

3. Les sociétés entre époux sont nulles aussi, quel que soit le régime matrimonial choisi des époux, qu'il s'agisse de la séparation de biens, du régime dotal ou de la communauté légale. (6) Cependant, dans aucun d'eux, le principe d'autorité maritale ne revêt la même importance; très souvent, de profondes analogies existent entre société et communauté.

4. Les sociétés entre époux peuvent enfin être constituées par les époux seuls ou comprendre des tiers coassociés. La jurisprudence fait un sort meilleur à ces dernières. Elle tend à leur reconnaître une certaine validité, cependant qu'elle applique aux premières la nullité dans toute sa rigueur. Elle parvient à ce but par l'emploi de plusieurs procédés. Tantôt certains jugements déclarent que ce ne sont pas les époux, en particulier, qui sont membres associés, mais la communauté (7); tantôt, si la femme est intervenue elle-même à l'acte de société, les tribunaux admettent qu'elle n'a fait que « stipuler avec son mari » en vue de mettre les tiers à l'abri de son hypothèque légale par rapport aux immeubles sociaux (8).

Mais ce ne sont là que des expédients, l'existence de telles sociétés demeure très précaire, car *a priori*, d'après le système jurisprudentiel, la nullité doit prévaloir.

(5) Sociétés commerciales: Metz, 22 août 1861. - S. 62-II-230.

Cass. 24 février 1913. - D. 1913-I-141.

Req. 1^{er} février 1926. - D.H. 1926, p. 114.

Sociétés civiles: Cass. 8 déc. 1891. - D. 1892-I-117.

Cass. 5 mai 1902 (précité).

(6) Communauté: Amiens 3 avril 1851. - D. 51-2-220.

Paris, 10 décembre 1896. - J. Soc. 1897, p. 126.

Séparation de biens: Paris, 9 mars 1859. - D. 60-II-12.

Civ. 3 juillet 1917. - D. 1917-I-127.

(7) Dijon, 10 juillet 1883. - R. Soc. 1883, p. 626.

Ou bien encore le mari: Seine, 19 décembre 1903. - P.F. 1905-I-155.

(8) Amiens, 3 juillet 1899. - J. Soc. 1900-212.

B. = LES FONDEMENTS DE LA NULLITÉ

Etudions désormais les divers arguments que la jurisprudence invoque pour justifier la nullité des sociétés entre époux :

Ce sont :

1. L'autorité maritale (Art. 1388 C. Civ.);
 2. L'immutabilité des conventions matrimoniales (Art. 1395 C. Civ.);
 3. L'interdiction des ventes entre époux (Art. 1595 C.C.);
 4. Restrictions à la liberté des donations entre époux (Art. 1096 à 1099 C. Civ.);
 5. Restrictions à la capacité commerciale de la femme (Art. 5 C. Com. et 220 C. Civ.);
 6. Les sociétés universelles (Art. 1840 C. Civ.)
-

PREMIER ARGUMENT DE LA JURISPRUDENCE

LE RESPECT DE L'AUTORITÉ MARITALE

En faveur de la nullité des sociétés entre époux, on rencontre dans les divers arrêts de jurisprudence, deux arguments invoqués de manière générale :

1) L'autorité maritale, et, plus spécialement quand les époux sont mariés sous la régime de communauté, le respect dû aux pouvoirs du mari considéré comme chef de la communauté. Ces deux choses n'en font qu'une et peuvent être rangées sous la dénomination commune d'autorité maritale.

2) L'immutabilité des conventions matrimoniales.

Une controverse a pu s'engager entre les auteurs sur le point de savoir quelle était la valeur respective de ces deux arguments en notre matière.

Dans la plupart des arrêts on les rencontre accolés l'un à l'autre (1), dans certains, au contraire, l'un des deux seulement est invoqué (2).

Pour M. Hémard (3), l'argument principal serait le principe d'immutabilité des conventions matrimoniales; pour M. Thaller (4), ce serait le principe de l'autorité maritale, et il semble bien que là soit la vérité. C'est, en effet, ce dernier argument que nous trouverons dans les faits le plus souvent invoqué, et c'est d'ailleurs le seul qui pourra l'être dans certaines hypothèses, avec toujours la même force: par exemple, quand le contrat de société a été conclu avant le mariage ou quand il l'a été en même temps que le mariage. Ici, le principe d'immutabilité se révèle déficient et même, dans une certaine mesure, insoutenable.

La solution donnée à cette controverse a son importance quant à la critique de la théorie jurisprudentielle.

Mais, analysons le principe de l'autorité maritale.

L'autorité maritale, c'est l'ensemble des droits qui sont propres au mari et auxquels correspond une situation subordonnée de la femme. Cette autorité maritale est conditionnée par le mariage: or, celui-ci est une association régie par des conventions; l'art. 1387 pose, en effet, le principe de la liberté des conventions matrimoniales.

(1) Civ. 7 mars 1888. - D. 1888-I-349; S. 88-I-305.

Req. 27 juin 1893. - D. 1893-I-488.

Req. 19 mai 1908. - D. 1908-I-359.

Cass. 23 janvier 1912. - D. 1912-I-481.

(2) L'autorité maritale dans les arrêts suivants :

Nancy, 9 fév. 1901. - D. 1902-II-140.

Cass. 8 déc. 1891. - D. 1892-I-117.

L'immutabilité:

Req. 19 mai 1908 (précité).

(3) HÉMARD: « Théorie des nullités de sociétés », p. 108.

(4) THALLER: « Traité élémentaire de droit commercial », t. II, n° 348.

Si le mariage n'était que cela, on concevrait difficilement que les sociétés entre époux, résultat de conventions conclues entre deux personnes déterminées, puissent porter atteinte, somme toute, à d'autres conventions issues de l'accord des volontés des deux mêmes personnes.

Mais le législateur, à raison de l'importance sociale de ce groupement que forme le mariage, est intervenu pour en réglementer l'organisation : l'article 1388 du Code civil en particulier, celui-là même invoqué dans tous les cas par la jurisprudence, édicte, en effet, des restrictions au principe de la liberté des conventions matrimoniales.

Il faut, dans cet article, distinguer deux sortes de dispositions :

1° Les unes, relatives aux droits du mari sur la personne de la femme : ceux-ci vont exister dans tous les régimes matrimoniaux.

2° Les autres, relatives aux droits du mari comme chef : elles visent essentiellement et exclusivement le régime de communauté.

La suprématie du mari sur la personne de la femme se traduit de diverses manières, toujours constantes : la femme acquiert la nationalité de son mari (5), prend le nom de son mari, doit habiter chez son mari. Celui-ci a un droit de contrôle sur la personne de sa femme et le pouvoir de surveiller ses relations. La femme lui doit obéissance, mais peut exiger sa protection (art. 213).

Cette idée de protection exigée du mari à l'égard de sa femme exprime bien l'idée de hiérarchie à la base de l'association conjugale. L'exagération de cette autorité maritale se traduit, de nos jours encore, par la possibilité

(5) Sous réserve des exceptions établies par la loi du 10 août 1927 sur la nationalité.

pour celui-ci de faire réintégrer de force, « *manu militari* », le domicile conjugal à la femme.

Suprématie aussi du mari quant aux biens.

L'autorité maritale consiste surtout en ce que la femme mariée est obligée, pour pouvoir accomplir certains actes ou faire valoir certains droits, à demander l'autorisation de son mari : au point de vue des biens la puissance maritale se traduit par l'incapacité de la femme mariée.

La future épouse, capable si elle est déjà majeure, qui le deviendrait si elle est encore mineure, d'accomplir à l'instar de l'homme tous les actes de la vie juridique, va se trouver soumise à une véritable tutelle de son mari.

Cependant, le Code civil a fixé des limites à cette incapacité par la possibilité pour les époux d'un libre choix du régime matrimonial, de manière que « les parties ne puissent ni conférer à la femme une incapacité plus étendue que celle d'administrer, ni la frapper d'une incapacité plus étendue que celle résultant de l'inaliénabilité dotale » (6).

2° Connaissant maintenant ce qu'est l'autorité maritale, quelle est son étendue et quelles sont ses limites, est-il exact, ainsi que le prétend la jurisprudence, qu'elle n'est pas respectée, dès qu'il y a société entre époux ?

D'un point de vue très-général, la société apparaît avec des caractères nettement spécifiques, de même que l'association conjugale. Ces deux sortes de groupements, de par leur définition même, paraissent présenter quelques différences.

La société, en effet, est un groupement de personnes ou de capitaux ayant pour but de réaliser des avantages pécuniaires destinés à être répartis entre les personnes

(6) PLANIOL et RIPERT : « Traité pratique de Droit civil français », tome VIII, p. 34.

dans l'intérêt desquelles elle existe, suivant un mode déterminé par le contrat de société.

A la base de l'association conjugale, il y a aussi un contrat qui, comme celui de société, a pour but le règlement d'intérêts pécuniaires. Le contrat de mariage est le contrat conditionnel, irrévocable et solennel par lequel deux personnes qui projettent de s'unir par les liens du mariage règlent les conséquences pécuniaires de l'association conjugale projetée.

Dans toute association il faut nécessairement un chef, à qui des pouvoirs plus ou moins étendus seront confiés, sous peine de voir ce groupement demeurer stérile ou dégénérer dans l'anarchie.

Dans l'association conjugale le législateur est intervenu pour imposer un chef : le mari, et il lui a accordé certains pouvoirs de base : l'autorité maritale. Les époux ne pourront en aucune manière modifier cette puissance maritale, car elle est d'ordre public (7). Ainsi, du vivant du mari, l'autorité familiale ne saurait être remise à la femme en totalité ou en partie ; pas davantage le mari ne pourrait renoncer à sa qualité de chef, ni la céder.

Dans la société, au contraire, ce sont des principes différents qui prévalent : il y aura aussi une direction, un pouvoir de commandement, une autorité déterminée, mais il appartient aux associés d'en déterminer librement le détenteur, et, à ce point de vue, des droits identiques appartiennent à chacun.

De même au cours de la vie de la société, des droits égaux sont conférés aux divers membres. Plusieurs conséquences en découlent :

- 1° Les associés ont un droit de contrôle mutuel.
- 2° Ils peuvent obtenir la révocation du gérant, donc la

(7) Art. 1388, C. Civ.

femme associée peut poursuivre la révocation de son mari.

3° La femme étant gérante, l'administration de ses biens propres, mais aussi de ceux de son mari, lui appartient.

4° Contre son mari la femme pourra intenter toutes les actions qui naissent du contrat de société : action en complément d'apport, action en dissolution...

5° Chaque associé a un droit de vote égal ; la femme pourra donner son avis en toute indépendance.

De ces diverses considérations la jurisprudence conclut que la femme se trouverait ainsi sur un pied d'égalité avec son mari et serait parfois à même d'avoir une position supérieure : or, l'état de mariage exige la subordination de la femme à son mari, d'où la condamnation des sociétés entre époux.

Cette opinion de la jurisprudence est susceptible d'être très justement critiquée.

1° *Il semble d'abord que son argument ne porte pas.*

L'autorité maritale vise, en effet, avant tout, la personne même de la femme. La prépondérance du mari se traduit spécialement en ce qui concerne le nom, la cohabitation, le choix de la résidence, la puissance paternelle... Le contrat de société entre époux ne saurait donc y porter nulle atteinte. Il n'élargirait la capacité de la femme qu'au point de vue pécuniaire : mais on doit remarquer qu'à l'origine de la société devra se placer l'autorisation du mari, si le contrat est postérieur au mariage (ainsi les principes seront saufs) ou un consentement implicite si le contrat est antérieur au mariage. Encore ce problème ne se pose-t-il surtout que relativement au régime de communauté, en ce qui concerne les biens communs.

D'ailleurs certains auteurs estiment que l'autorité maritale et l'incapacité de la femme mariée sont deux institutions indépendantes. L'autorité maritale, en effet, « n'a pas pour corollaire nécessaire l'incapacité de la femme, ni celle-ci, pour seul et unique fondement l'autorité maritale. L'autorité maritale concerne la personne de la femme » (donc les sociétés entre époux n'y porteraient aucune atteinte). « L'incapacité civile de la femme concerne l'exercice des droits patrimoniaux. L'autorité maritale peut donc exister, bien que la femme ait la pleine capacité civile, et la suppression de l'incapacité de la femme ne doit pas nécessairement entraîner celle de l'autorité maritale » (8). La preuve en est que le projet R. Renoult qui tend à établir l'égalité civile entre les époux, laisse subsister l'autorité maritale.

2° D'ailleurs pour si absolue que soit l'autorité maritale, la femme ne se trouve pas désarmée en face de son époux, et dans l'association spéciale que constitue l'association conjugale on rencontre des droits présentant une analogie remarquable avec ceux mis à la disposition des associés dans la société.

Un droit de contrôle très étendu est reconnu à toutes les femmes communes, même n'exerçant pas un commerce séparé, ainsi qu'aux femmes non communes : la sanction de ce droit est constituée par la séparation de biens judiciaire, mesure analogue à la révocation du gérant d'une société.

De même, la femme a le droit de faire tomber les actes frauduleux de son mari ; plus spécialement dans le régime de communauté, la loi, en lui accordant le bénéfice d'émolument et la faculté de renoncer à la communauté, lui permet de désapprouver la gestion de son mari.

(8) Cf., PLANIOL et ROUAST: « La famille », n° 374 et 406.

3° Ainsi l'argument invoqué par la jurisprudence à l'encontre des sociétés entre époux porte à faux, mais quand bien même ce serait le contraire, faudrait-il les condamner sans débats ? Car, cette puissance maritale, sur laquelle elle se fonde surtout, se justifie-t-elle ?

Les critiques dont ce principe est l'objet, les attaques qui l'amenuisent sans cesse, justifient mal la rigueur des tribunaux.

Une tendance très nette s'est dégagée motivée par des arguments d'ordre philosophique (égalité nécessaire de tous les êtres humains), ou d'ordre pratique (nécessité de vivre : carrières féminines) ou des arguments de texte (9). Parallèlement, une évolution législative s'est produite et elle est aujourd'hui sur le point d'aboutir : accorder aux deux sexes dans le mariage lui-même l'égalité qu'ils possèdent en dehors de lui, en abolissant l'incapacité civile de la femme mariée et en diminuant l'autorité maritale.

Une première atteinte législative à l'autorité maritale est renfermée dans la loi du 6 février 1893 relative à la séparation de corps.

La séparation de corps, en effet, ne dissout pas le mariage mais en relâche seulement les liens d'une manière assez sensible. D'après le Code de 1804, la femme séparée de corps, toujours rattachée donc à son mari, restait soumise, pour accomplir tous actes juridiques, à la nécessité d'obtenir son autorisation et, à son défaut, celle de justice.

Mais la dépendance de la femme à l'égard du mari, caractérisée par l'incapacité de la femme mariée et l'autorité maritale, ne se comprennent plus, du moment qu'il n'y a plus vie commune, a-t-on pensé avec raison en 1893 ; d'où la nouvelle rédaction de l'art. 311, § 3 : « ...la sépa-

(9) La femme est, en effet, rangée par notre Code parmi les mineurs et les interdits.

ration de corps a, en outre, pour effet de rendre à la femme le plein exercice de sa capacité civile, sans qu'elle ait besoin de recourir à l'autorisation de son mari ou à celle de justice. »

Un coup très net a donc été porté par voie législative à l'autorité maritale.

La loi du 13 juillet 1907, relative au libre salaire de la femme mariée constitue une nouvelle étape vers l'égalité entre mari et femme.

Elle comporte deux conséquences importantes :

1° A côté des biens déterminés avec soin par le régime matrimonial adopté par les époux, la loi crée une nouvelle masse de biens nettement caractérisés : peut-on, considérant leur nature, conclure en faveur de la validité d'une société contractée avec ces biens entre les époux ?

2° En outre, la loi de 1907 renferme une sérieuse atteinte aux deux principes d'autorité maritale et d'immutabilité des conventions matrimoniales, d'où l'intérêt de son étude en la matière.

La loi de 1907 a créé une nouvelle catégorie de biens, celle dite des biens réservés qui existera sous tous les régimes prévus par la loi. Ils tirent leur origine de l'exercice, par la femme mariée, d'une profession distincte de celle du mari ; ils ont une affectation formelle : l'intérêt du ménage, et des dispositions sont prises par la loi pour que ce but soit rempli. D'autre part, ils sont l'objet d'une administration spéciale, appartenant à la femme et très étendue. Art. 1, § 1 : ...« La femme a sur les produits de son travail personnel et les économies en provenant les mêmes droits d'administration que l'art. 1449 du C. c. donne à la femme séparée de biens ».

Or, la jurisprudence étend la nullité aux sociétés contractées entre époux même séparés de biens, d'où il sem-

ble que sur les biens réservés toute société entre les époux sera impossible aussi. Cependant, en réalité, la femme possède dans le cadre de la loi de 1907 des pouvoirs plus étendus que la femme séparée de biens (10), tout au plus, la loi lui refuse-t-elle, à raison de l'affectation finale aux charges du ménage des biens réservés, le droit de les aliéner à titre gratuit sans l'autorisation maritale. De plus elle reconnaît au mari un droit de contrôle sur la gestion de sa femme mais elle accorde à celle-ci un droit parallèle et équivalent à l'encontre du premier. Ces pouvoirs et ces droits conférés à la femme sur ses biens réservés ne pourront être ni supprimés, ni modifiés par le contrat de mariage.

Les biens qui résultent de l'exercice par la femme d'une profession séparée lui restent acquis à titre de biens réservés, si le mari retire l'autorisation auparavant accordée, et elle garde sur eux les mêmes pouvoirs. De même, elle peut toujours les reprendre en renonçant à la communauté.

Ces biens paraissent donc vivre d'une vie indépendante de celle du régime ; de plus, à leur égard, l'autorité maritale ainsi que l'immutabilité des conventions matrimoniales ont été écartées. Il semblerait donc qu'une société puisse être formée entre les époux. Il n'en est rien, car, outre l'atteinte portée au principe d'immutabilité et aux restrictions légales relatives aux donations et aux ventes entre époux, des considérations spéciales condamnent un tel point de vue : la raison d'être de ces biens est, en effet « l'intérêt du ménage ». Dans ce but un droit de saisie-arrêt appartient aux deux époux d'une manière réciproque ; le mari peut, d'autre part, obtenir le retrait

(10) Loi du 13 juillet 1907, art. 132: « Elle peut en faire emploi en acquisition de valeurs mobilières ou immobilières. Elle peut, sans l'autorisation de son mari aliéner à titre onéreux les biens ainsi acquis. Elle pourra de même sans l'autorisation de son mari emprunter sur les dits biens et hypothèques ».

des pouvoirs de la femme si celle-ci a fait preuve de dissipation ou d'imprudence dans la gestion des biens réservés...

Mais il restera certainement à la femme le pouvoir de faire apport de ces biens à une société dont son époux ne sera point membre, pourvu d'ailleurs que, par sa situation dans cette société, elle n'engage que sa mise et que sa responsabilité personnelle soit exclue. Car, lui donner le droit d'être associée personnellement, serait lui permettre d'engager toute sa fortune, c'est-à-dire au-delà du patrimoine réservé.

Mais, la loi du 13 juillet 1907, considérée sous un autre angle, se place au nombre de ces lois qui tendent à accorder à la femme mariée une plus grande capacité : elle porte atteinte à la fois aux principes d'autorité maritale et d'immutabilité.

a) Au principe d'immutabilité d'abord (11), par suite de la création sous les divers régimes matrimoniaux, d'une nouvelle masse de biens dont l'administration et le droit de disposition ne répondront plus aux règles d'abord fixées par la loi à propos de chacun de ces régimes, ni aux stipulations contenues dans le contrat de mariage (12).

b) Au principe de l'autorité maritale. En effet, d'après le Code civil, les salaires de la femme mariée qui exerçait une profession distincte de celle de son mari, faisaient, sous le régime de communauté, partie de l'actif commun,

(11) L'atteinte au principe d'immutabilité ne vise que les époux déjà mariés avant la promulgation de la loi de 1907. Pour les époux mariés depuis 1907 cette loi fait, en effet, partie de leur statut matrimonial.

(12) AUBRY et RAU: T. VII, p. 449, note 3: « La loi de 1907 modifie sans doute de la façon la plus grave dans ses articles 1 à 6 la situation de la femme au point de vue des biens, et, par suite, le fonctionnement du régime matrimonial des conjoints quel qu'il soit... »

donc étaient gérés par le mari qui pouvait aussi en disposer. Depuis 1904, les biens déterminés par la loi nouvelle échappent à l'administration et au droit de disposition du mari, et, chose plus grave, la loi accorde même à la femme le droit de libre disposition sans exiger l'autorisation maritale : aliénation, hypothèques... (13).

Il faut cependant reconnaître qu'elle doit obtenir l'autorisation de son mari pour pouvoir entreprendre cette profession qui lui procurera ces salaires séparés : mais cette autorisation n'a nul besoin d'être expresse, la jurisprudence admet qu'elle soit tacite.

Il semble, à première vue, qu'étant donnée cette disparition de l'autorité maritale sur les biens réservés et cette atteinte au principe d'immutabilité (résultant de la loi de 1907 et justifiant donc toutes autres atteintes portées par les époux quant à ces biens réservés) un tempérament important puisse être admis en ce qui concerne la nullité des sociétés entre époux.

Naturellement, pas plus qu'auparavant, deux époux ne pourront, dans le cadre des institutions actuelles, former une société, soit entre eux, soit avec le concours de tiers associés, car la loi de 1907 n'envisage que le cas seulement où la femme exerce une profession distincte. Or, la jurisprudence se préoccupe avec une grande rigueur de rechercher cet élément de profession distincte, et, en cas de commerce exercé en commun par le mari et la femme, elle a tôt fait de considérer soit la femme comme préposée du mari, soit même le mari comme le commis de sa femme (14).

Mais ne pourrait-on pas regarder comme constituant une profession distincte aux termes de la loi, celle où la

(13) Sous réserve du droit de contrôle du mari sur la gestion de sa femme, droit d'ailleurs réciproque.

(14) Cf. Nîmes, 18 décembre 1896. - S. 87-I-784.

femme exercerait par exemple la fonction de couturière dans une société où le mari serait comptable ?

Il paraît en tout cas certain que, d'ores et déjà, la femme puisse, avec l'autorisation de son mari, former pour son compte une société pour l'exploitation d'un fonds qu'elle a recueilli par succession dans un commerce où son activité est prépondérante ; ou fonder, encore, une société pour l'exploitation d'un fonds de commerce qu'elle a créé ou acheté avec ses propres ressources (15). Dans cette société elle pourrait valablement donner à son mari un rôle tel que ce dernier soit amené, à raison de son travail ou de sa collaboration, à traiter avec un gérant autre qu'elle-même.

Tel nous paraît être l'apport fait en faveur de la validité des sociétés entre époux par la loi du 13 juillet 1907 ; elle aurait pu aller plus loin dans ce sens.

Nouvelle atteinte au principe d'autorité maritale avec la loi du 17 juillet 1927.

La prépondérance paternelle était chose bien établie dans notre Code civil, c'est-à-dire la puissance du mari chef de famille, sur la personne de ses enfants mineurs. Ainsi, au point de vue spécialement du consentement au mariage, l'assentiment du père était requis, celui de la mère ne suffisait point.

Désormais, dans la famille, l'homme et la femme mariés ont, en la matière, des pouvoirs équivalents, de telle sorte que le consentement de l'un des époux, le père ou la mère, suffit. Il en va de même en ce qui concerne les ascendants.

En outre, l'autorité maritale se trouve être plus directement menacée encore par un projet de loi déposé sur le bureau du Sénat le 24 juin 1933, par M. R. Renoult,

(15) Paris, 16 décembre 1933. *La Basoche*, 1934-II-339.

rapporteur. Ce projet ne tend rien moins qu'à la suppression de l'autorité maritale, de l'incapacité de la femme mariée et au remaniement du régime des biens entre époux.

Pour justifier une telle réforme, le projet se fonde à juste titre sur l'évolution des mœurs, à laquelle viennent se heurter les dispositions périmées du Code.

La suppression de l'autorité maritale sera réalisée par l'abrogation des articles 213 à 226 du Code civil, en même temps que celle aussi de l'incapacité juridique de la femme mariée qui en est la conséquence. La reconnaissance de la capacité civile de la femme mariée est contenue dans le nouvel article 215 ainsi rédigé : « La femme mariée a, sous tous les régimes matrimoniaux et à peine de nullité de toute clause contraire, le plein exercice de sa capacité civile, sans qu'elle ait besoin de recourir à l'autorisation de son mari ou de justice, sous réserve des dispositions légales relatives aux divers régimes matrimoniaux ».

Le mari n'aura plus à protéger sa femme, et celle-ci n'aura plus à lui obéir, d'où la femme ne sera plus subordonnée à son mari et aura le plein gouvernement de sa personne. Cependant, le mari, dépourvu du pouvoir de contrôle permanent qu'il possédait auparavant, se verra investi d'un pouvoir de décision en cas de désaccord sur le choix du domicile, l'éducation des enfants. Il aura une certaine prépondérance, car le ménage ne doit pas être dépourvu de direction, ni de chef... ; la femme portera le nom du mari, sera tenue d'habiter avec lui. Il semble même, qu'elle pourra exercer une profession sans autorisation du mari, sauf pour celui-ci le droit de protester devant les tribunaux, car l'art. 216 prévoit le retrait judiciaire de la capacité de la femme comme possible (16).

(16) Art. 216 nouveau : « Le mari peut demander au tribunal civil du domicile commun ou, s'il y a lieu, du domicile de la femme, d'ap-

Mais il n'en reste pas moins que le principe de la capacité de la femme mariée prévaut et que, de manière générale, l'autorisation du mari n'est plus refusée pour valider les actes de la femme.

La prépondérance qui, dans une certaine mesure, demeure encore entre les mains du mari, ne peut plus être qualifiée d'autorité maritale ; en effet, M. R. Renoult a déclaré nettement qu'une formule même atténuée ne saurait être employée pour remplacer celle de puissance maritale, crainte de ressusciter celle-ci, car « quelle que soit la formule employée, la puissance maritale doit nécessairement se traduire par un droit d'autorisation du mari ».

Le projet n'est pas encore voté, et il a été l'objet de nouvelles études de la part de la Société d'Etudes Législatives (17). Le rapporteur, M. Rouast, a proposé de le scinder en deux parties dont l'une relative à la suppression de l'autorité maritale et de l'incapacité de la femme mariée, de façon à le faire passer plus rapidement.

Avec l'anéantissement de l'autorité maritale, le principal argument de la jurisprudence disparaît et les sociétés entre époux deviennent possibles.

porter à l'exercice de la capacité civile de celle-ci les restrictions justifiées par l'intérêt du ménage ou de lui interdire d'accomplir tout acte préjudiciable aux intérêts de la famille ».

(17) V. *Bulletin de la Société d'Etudes législatives*, 1934, p. 81.

DEUXIEME ARGUMENT DE LA JURISPRUDENCE

L'IMMUTABILITÉ DES CONVENTIONS MATRIMONIALES

La jurisprudence a recours, en outre, à un second argument qu'elle tire de l'art. 1395 du Code civil : le principe d'immutabilité des conventions matrimoniales. En vertu de ce texte, les conventions matrimoniales, c'est-à-dire l'ensemble des règles qui fixent les rapports d'ordre pécuniaire, auxquels le mariage donne naissance (rapports des époux pendant le mariage et lors de sa dissolution, rapports des époux avec les tiers) ne « peuvent recevoir aucun changement après la célébration du mariage ».

Or, déclare la jurisprudence, permettre aux époux de former entre eux des sociétés civiles ou commerciales, ou d'entrer dans de telles sociétés déjà créées, c'est leur donner la possibilité de modifier la composition de leurs patrimoines respectifs, la répartition des bénéfices réalisés en cours de mariage et le partage de leurs biens à la dissolution de celui-ci. Les atteintes au principe d'immutabilité sont susceptibles de se réaliser sous n'importe

quel régime adopté par les époux, mais elles apparaissent d'autant plus graves que le régime est plus séparatiste ; en effet, la société est la mise en commun d'une partie plus ou moins considérable des biens des associés pouvant aller jusqu'à englober la totalité de ces biens, sinon quant à la contribution sociale, du moins en ce qui concerne l'étendue des responsabilités assumées.

Mais, ainsi que nous l'avons déjà constaté dans l'étude du principe d'autorité maritale appliqué aux sociétés entre époux, il nous semble que la jurisprudence a donné à ce nouveau principe une portée beaucoup trop large et qu'une distinction s'impose entre les sociétés. En effet, en prenant comme base l'instant où le mariage s'accomplit, on peut envisager trois catégories déterminées de sociétés :

- 1° Les sociétés formées antérieurement au mariage ;
- 2° Les sociétés de formation concomitante au mariage ;
- 3° Celles formées postérieurement au mariage.

Or, la nullité des sociétés antérieures ou concomitantes au mariage ne saurait nullement s'expliquer par la violation du principe d'immutabilité. La violation d'un contrat implique, en effet, l'idée et le fait de l'existence préalable de ce contrat, suivi à plus ou moins brève échéance d'un acte qui le détruit en plus ou moins grande partie. Comment la société, formée avant le mariage pourrait-elle violer les règles de ce mariage qui n'a pas été conclu et peut même n'avoir pas été encore prévu ?

Il apparaît très nettement, au contraire, que le contrat de société existant déjà entre les futurs époux au moment de leur mariage, ceux-ci tiendront compte de ce fait dans l'élaboration du contrat de mariage et prévoieront son libre jeu, ou se reconnaîtront tacitement pour l'avenir les pouvoirs déjà possédés par eux antérieurement sur la part de leurs biens mis en société.

A proprement parler, il n'y a donc qu'en ce qui concerne les sociétés entre époux constituées postérieurement au mariage qu'une atteinte puisse être portée au principe d'immutabilité. La valeur de l'argument de la jurisprudence se trouve donc considérablement restreinte, et encore, en ce dernier cas, nous ferons des réserves importantes.

Examinons, en effet, par rapport aux divers régimes matrimoniaux, en quoi les sociétés entre époux peuvent contrevenir au principe d'immutabilité.

1° Régimes communautaires : D'après POTHIER (1) « la communauté entre conjoints par mariage est une espèce de société de biens qu'un homme et une femme contractent lorsqu'ils se marient ». Il n'y aurait donc pas incompatibilité entre elles, mais au contraire la communauté ne serait qu'une « forme de société avec des caractères exorbitants du droit commun » (2). Car, il faut remarquer que, à part quelques rares différences, société et communauté présentent de multiples et importantes analogies.

Ainsi, sous la régime de communauté, on distingue plusieurs masses de biens : les biens propres à chacun des époux et les biens communs ; de même dans le cadre des sociétés on distingue les biens mis en société et ceux personnels à chaque associé.

D'autre part, la société est, par définition, un groupement de personnes ou de capitaux qui a pour but de réaliser des avantages pécuniaires destinés à être répartis entre les personnes dans l'intérêt desquelles elle existe. Afin de réaliser l'apport des capitaux nécessaires pour leur permettre d'entrer en société, une double alternative

(1) POTHIER: Traité de la communauté, n° 21.

(2) DELSOL: *Revue Pratique de Droit français*, t. 1, p. 441.

s'offre aux futurs associés : apporter une certaine partie ou toute la masse des biens communs et, dans ce cas, il n'y aura aucune atteinte au principe d'immutabilité pas plus qu'à la puissance maritale, le mari pouvant seul les aliéner ; ou apporter en société des biens non communs, c'est-à-dire des immeubles qui leur sont propres, le mari ayant le droit de les aliéner, la femme aussi avec l'autorisation de son mari.

Une grave question qui se pose est celle de l'administration des biens mis en société. Dans la communauté, en effet, c'est le mari qui a l'administration du fonds commun et des propres ; l'entrée en société risque de la lui enlever au moins en partie. Car la société règle son mode d'administration, et, à défaut de stipulation spéciale, on applique l'art. 1859 qui déclare : « Les associés sont censés s'être donné réciproquement le pouvoir d'administrer l'un pour l'autre. Ce que chacun fait est valable même pour la part de ses associés, sans qu'il ait pris leur consentement ; sauf le droit qu'ont ces derniers ou l'un d'eux de s'opposer à l'opération avant qu'elle soit conclue... ».

Ceci réserve bien les droits du mari : il peut donner à sa femme mandat d'administrer une certaine partie des biens dont il a la charge, quitte à lui retirer ce droit si elle tend à en abuser. Ainsi, si le pouvoir d'administration dans la société appartient à la femme, le mari est censé le lui avoir délégué ; les époux se trouvent n'avoir rien transgressé de ce qui leur était interdit.

Quant aux bénéfices, ils se répartissent dans la société suivant la volonté des associés (3), ou, à défaut de stipulations expresses, proportionnellement à leurs parts. Sous cet angle, ici encore, dans un très grand nombre de cas,

(3) Sous réserve des restrictions apportées à cette liberté : interdiction des sociétés léonines, contribution nécessaire aux pertes comme aux bénéfices...

la société entre époux ne fait subir aucun changement au régime matrimonial. « Imaginons deux époux communs en biens, écrit M. COTTET. Ils forment une société avec un tiers. Leur mise de fonds a été commune ou par moitié sur des biens propres. Leur part de bénéfices individuelle tombera en communauté. Ni la communauté, ni aucun des époux ne sera lésé » (4).

On a cru trouver un argument important dans le fait que, dans les sociétés, les associés peuvent librement dans les statuts prévoir et fixer un terme quelconque, tandis que la communauté ne se dissout que pour certaines causes expressément déterminées (art. 1441, C. civ.). Mais cette différence, si elle n'a pas disparu en totalité, s'est fort atténuée de nos jours avec l'institution du divorce.

D'une part, en effet, le divorce est prononcé par nos tribunaux avec une très grande facilité. En outre la loi du 4 janvier 1930 est venue permettre aux époux déjà divorcés de se remarier entre eux et « d'adopter un régime matrimonial autre que celui qui réglait ordinairement leur union » (5). D'autre part, les causes de divorce ont reçu une étendue de plus en plus considérable, à tel point que certains auteurs ont pu conclure au rétablissement du divorce par consentement mutuel. « Après le divorce pour incompatibilité d'humeur, écrit M. LALOU (6), le divorce pour raisons pécuniaires ». Enfin, les époux, en demandant la séparation de biens judiciaire font échec à l'immutabilité.

Ainsi, en ce qui concerne le régime de communauté, la formation d'une société même postérieurement au mariage ne saurait contrevenir au principe d'immutabilité.

(4) Cf. COTTET: Thèse: « De la nullité des sociétés entre époux », p. 29.

(5) Art. 295: Texte de la loi du 26 mars 1924.

(6) Art. de M. Henri LALOU dans le *D. Hebd.*, 1930, p. 9: « Le jeu du mariage et du divorce et les changements de régime matrimonial. »

2° Au contraire, à première vue, il paraît évident que, sous les régimes séparatistes tels que le régime dotal ou la séparation de biens, une société intervenant entre les époux porterait atteinte à l'immutabilité des conventions matrimoniales.

Le but essentiel, en effet, de ces divers régimes est de discriminer avec soin les biens de chacun des époux et de les conserver en cette situation tout au long de l'association conjugale. Accorder aux époux le droit, sous une forme quelconque, de réunir leurs biens en tout ou en partie, serait leur permettre d'établir sous le régime de séparation de biens une communauté d'intérêts, là où on avait cherché à l'éviter, et sous la séparation de biens judiciaire, de rétablir la communauté préexistante. Les mêmes arguments peuvent être développés à propos du régime dotal.

Mais diverses institutions, comme la théorie du mandat entre époux, les donations et ventes entre conjoints, viennent affaiblir sensiblement la portée de ces arguments. Nous les étudierons plus loin.

En outre, en ce qui concerne plus spécialement le régime dotal, il faut tenir compte de la tendance actuelle consistant à lui adjoindre une société d'acquêts. Celle-ci permet à la femme de conserver toutes les garanties que lui offre la dotalité tout en la faisant participer aux bénéfices réalisés au cours de l'union conjugale.

Il est important de constater cette pénétration de la communauté dans les régimes non communautaires et l'intérêt dont jouit la participation aux acquêts puisqu'elle a

(7) « D'ailleurs, la protection de l'immutabilité des conventions matrimoniales n'est assurée qu'en apparence par la prohibition. Rien n'est plus facile à une femme dotale, après divorce, de transformer ses biens dotaux en argent liquide et de se remarier avec son ancien mari sous le régime dotal, cette fois allégé de la dot qu'il rendait indisponible ». H. LALOU, *D. Hebd.*, p. 9, art. précité.

été prévue dans le projet de loi R. Renoult. De plus, puisque « dans les 7/8^e des cas, c'est à la communauté d'acquêts, soit principale, soit accessoire, que les époux donnent la préférence (8) » et que communauté et société sont parfaitement compatibles sans contrevenir au principe d'immutabilité, nous dégagerons de là un nouvel argument en faveur de la validité des sociétés entre époux.

L'atteinte portée au principe d'immutabilité par les sociétés entre époux ne saurait donc constituer en aucune façon la base de leur nullité. Cela, d'autant plus, que le principe d'immutabilité ne présente plus de nos jours ni sa rigueur, ni sa portée anciennes; il est objet de vives critiques justifiées à plusieurs titres.

1° *Critique du principe d'immutabilité basée sur ses fondements.* — L'existence de ce principe était fondée sur l'antique prohibition des donations entre époux, sur le caractère de pacte de famille du contrat de mariage, sur l'idée de protection des intérêts des tiers.

Or, ces fondements ont perdu beaucoup de leur valeur:

D'abord, avec le Code Civil, la prohibition ancienne des donations entre époux a disparu; le principe prévaut désormais que les donations entre époux sont permises: quelques restrictions seulement sont ensuite apportées à l'encontre de cette liberté (9). Une importante raison d'exister est ainsi enlevée au principe d'immutabilité.

Le contrat de mariage est un pacte de famille et à ce titre il doit être respecté, dit-on. Mais bien que « cet intérêt soit évidemment respectable, il ne doit pas faire perdre de vue celui des époux qui est primordial, domi-

(8) FOURNIER: Thèse « De la société d'acquêts adjointe au régime dotal ».

(9) Ce principe est posé par l'art. 1091 C. Civ.

nant (10). D'ailleurs, assez souvent aucune dot n'est constituée par les parents aux époux et dans ce cas cet argument ne saurait jouer.

Le pacte de famille n'est, en outre, pas si immuable qu'il ne puisse tomber quand un divorce ou même une simple séparation de biens mettent fin au régime matrimonial; car cette immutabilité risque de se retourner à l'encontre des intérêts de la famille: des vices ou des lacunes peuvent, en effet, apparaître dans le fonctionnement du régime et aboutir à compromettre la situation pécuniaire des époux et celle surtout de leurs enfants, ou bien encore amener le ménage à une situation critique d'où jaillira le divorce (mari mauvais administrateur, pénurie et misère sous le régime dotal en face de biens parfois considérables).

L'argument, d'après lequel l'immutabilité aurait pour but d'éviter les abus d'influence du mari sur la femme, n'a aucune valeur, car notre code permet à celle-ci de contracter avec son mari sans requérir aucune intervention protectrice.

On objecte, enfin, qu'il y va de l'intérêt des tiers. Mais n'est-ce pas l'intérêt des tiers que les affaires du ménage soient prospères; et elles ne le seront qu'autant qu'il sera permis aux époux d'adapter leur situation aux exigences sans cesse changeantes et nouvelles de la vie. Cette immutabilité imposée aux règles qui déterminent les rapports pécuniaires des époux, n'est-ce pas plutôt un pis-aller et un signe de la carence du législateur?

Il semble plutôt que si le principe d'immutabilité existe encore de nos jours, c'est parce que, en matière matrimoniale, les modes de publicité sont insuffisants. En effet, les contrats n'ont de valeur et de portée qu'à raison de la publicité qui leur est donnée, publicité qui permet, par

(10) V. COLIN et CAPITANT: *Traité de Droit civil*, tome III, p. 32.

exemple, à l'acheteur d'un immeuble d'en connaître le vrai propriétaire. Si une publicité plus complète était organisée au point de vue matrimonial, des modifications seraient possibles: aussi, des projets de création d'un registre matrimonial (11) ou encore d'un véritable casier civil analogue au casier judiciaire institué au point de vue pénal sont apparus. « Que le législateur établisse pour chaque individu, à son lieu de naissance un casier civil où seraient portés les événements ayant un effet sur sa capacité civile, casier tenu par les greffes des tribunaux qui devraient en délivrer extrait aux tiers, moyennant redevance » (12).

2° Critique du principe d'immutabilité dans son mode d'application.

La loi elle-même et la jurisprudence ont apportées des tempéraments importants au principe d'immutabilité, en permettant notamment:

- les donations entre époux ;
- les ventes entre époux ;
- les mandats entre époux.

On ne saurait donc faire une application rigoureuse de ce principe.

Les deux premiers tempéraments, que la jurisprudence invoque à titre spécial pour fonder la nullité des sociétés entre époux, feront l'objet de paragraphes distincts. On peut remarquer déjà que par eux une certaine souplesse était conférée au principe d'immutabilité; cependant, bien qu'elle les admette, dans le cadre spécial des sociétés entre

(11) Rapport présenté à la Sté d'Etudes législatives, par M. LYON-CAEN. V. *Bulletin de la Société d'Etudes législatives*, 1931, p. 263.

(12) Vœu du XXXIX^e Congrès des Notaires de France: Compte rendu dans la *Revue Politique des idées et des institutions* », n° 15, p. 707.

époux, elle applique ce principe dans toute sa rigueur. Il y a là une nouvelle justification des critiques qui lui sont adressées.

3° Parallèlement une évolution législative très nette atténue la portée de ce principe; en effet:

a) la loi de 1884, dans les cas où elle permet le remariage des époux déjà divorcés, édicte qu'ils « ne pourront adopter un régime matrimonial autre que celui qui réglait antérieurement leur union (13).

Mais, comme le fait remarquer M. FOIRET (14), il n'est pas interdit aux époux de faire un nouveau contrat de mariage. Celui-ci sanctionnera toutes les modifications apportées dans la masse et la composition des fortunes des deux époux entre le divorce et le remariage, d'où des modifications de fait;

b) la loi du 13 juillet 1907 a créé une nouvelle masse de biens à côté de ceux prévus par le contrat de mariage; avec l'effet rétroactif qui lui a été accordé, elle bouleversait les dispositions des régimes existant déjà, au point de vue de l'administration des biens, du droit de disposition...

c) la loi du 4 janvier 1930 marque une évolution décisive: le § 2 de l'art. 295 C. C. est abrogé: désormais, les époux divorcés auront le droit en se remariant de choisir un régime autre que celui qu'ils possédaient auparavant. Une prime est ainsi donnée aux époux qui détruisent leurs liens conjugaux sur ceux qui observent fidèlement leur devoir: nouvel encouragement au divorce et même nouveau motif !

(13) Art. 295 ancien.

(14) *Journal des Notaires*, 1924, p. 532.

Cependant, on observe la même carence de la loi au point de vue de la publicité, et le danger de fraude à l'égard des tiers se trouve considérablement accru.

Aussi, devant les inconvénients présentés par le principe d'immutabilité des conventions matrimoniales, une proposition de loi a été formulée: elle demande purement et simplement la suppression de ce principe. Elle présente, en outre, l'avantage de garantir tous les intérêts en jeu:

« Article unique: Tous changements faits aux conventions matrimoniales après la célébration du mariage seront rédigés par devant notaire dans la même forme que le contrat de mariage, en la présence et avec le consentement simultané de toutes les personnes qui ont été parties dans le contrat de mariage... Ces changements ne seront valables qu'après accomplissement des formalités prévues à l'art. 872 du C.P.C. » (15).

Il apparaît donc, en résumé, qu'on ne saurait fonder la nullité des sociétés entre époux (qui sont d'une si grande utilité dans la pratique) sur un principe destiné à rester lettre morte, puisque le législateur donne les moyens de le tourner.

D'ailleurs, déclare M. LALOU, « les abus dans les changements seront-ils à craindre et le frein fiscal ne sera-t-il pas de quelque influence pour rendre prudents les intéressés! » (16).

Enfin, ce principe n'est-il pas condamné à une prompt disparition, suivant les tendances que nous avons dégagées et à l'exemple de certains pays étrangers qui l'ont supprimé sans en éprouver aucun inconvénient (17).

(15) Cette proposition de loi a été présentée par M. de Monzie et autres, à la séance du 19 juin 1930.

(16) H. LALOU: Article précité, *Dalloz Hebd.*, 1930, p. 9.

(17) *N.* Code civil allemand, art. 1432 et 11435, et le Code civil suisse, art. 179, 248 et suivants.

Mais surtout la portée du principe d'immutabilité a été exagérée par la jurisprudence: il ne peut s'appliquer qu'aux seules sociétés contractées postérieurement au mariage et encore parmi elles faut-il distraire tous les cas où les époux sont mariés sous un régime communautaire ou ceux auxquels est adjoint une société d'aquêts.

D'ailleurs, dans les autres cas, il n'est pas certain que les époux aient toujours cherché à tourner la loi et, surtout, qu'ils y soient parvenus.

Il serait, en outre, important de mettre de l'unité dans la matière qui nous occupe et d'harmoniser notre droit avec les nécessités pratiques du moment ainsi qu'avec les législations étrangères plus évoluées. Il est piquant de remarquer que les défenseurs de l'immutabilité emploient comme leur meilleure arme précisément le fait que ce principe peut être aisément tourné (18).

La suppression de ce principe s'impose et moyennant quelques règles de prudence (mesures préconisées par la proposition de Monzie, création d'un registre matrimonial ou d'un casier civil...), aucun inconvénient ne paraît devoir en résulter: au contraire, elle présenterait de nombreux avantages dont le moindre ne serait certes pas la validité des sociétés entre époux.

Mais le principe d'immutabilité comporte, en outre, des conséquences fort importantes, qui en sont des applications de fait :

les donations entre époux ;

les ventes entre époux .

Les restrictions apportées à ces deux institutions en tirent leur origine.

(18) V. *Revue trimestrielle de Droit civil*, 1928. Art. de M. SAVATIER.

Cependant, considérées sous un angle opposé, ces deux institutions, auxquelles on peut ajouter en la circonstance la théorie des mandats entre époux, constituent autant de tempéraments apportés par la loi et la jurisprudence au principe d'immutabilité.

Nous allons procéder à leur étude.

3^e ARGUMENT DE LA JURISPRUDENCE

LES DONATIONS ENTRE ÉPOUX

L'attitude du législateur à l'égard des donations entre époux est fixée dans les articles 1096, 1097, 1098 et 1099.

Avant tout examen approfondi de la question, remarquons qu'il se montre déjà très sévère en ce qui concerne les donations ordinaires. Cette sévérité sera aggravée encore ici pour d'autres motifs: crainte des abus d'influence, de la violation de la règle de révocabilité des donations, difficulté de discerner les patrimoines respectifs des époux... Aussi, la loi pose, dans l'art. 1099, la règle générale suivant laquelle: « toute donation ou déguisée ou faite par personnes interposées sera nulle ». Mais elle tolère les donations indirectes dans la mesure indiquée dans les art. 1096 et suivants.

Dans notre étude nous dégagerons plusieurs principes :

a) les donations entre époux portent logiquement atteinte au principe d'immutabilité. Des restrictions seront donc apportées dans son application.

b) la validité des sociétés entre époux permettrait à ceux-ci de tourner les restrictions envisagées au sujet des sociétés entre époux et de faire échec au principe d'immutabilité.

c) la loi tolère cependant dans une certaine mesure les donations entre les époux, ainsi d'ailleurs que la jurisprudence.

On ne saurait donc condamner sans examen préalable et de façon absolue les sociétés entre époux.

Les sociétés entre époux portent-elles atteinte au principe d'immutabilité ?

En effet, les donations tirent toutes leur raison d'être du fait que le donateur veut déroger, en faveur du donataire, à l'ordre préétabli pour la disposition de ses biens.

Dans les donations entre époux, en particulier, l'un des époux se voit gratifier d'un bien ou d'une valeur dont il aurait été privé si aucune intervention n'était venue troubler le libre jeu des dispositions légales. Chaque époux, en effet, peut connaître à l'avance d'une manière assez précise quelle sera la répartition des biens lors de la dissolution du lien conjugal. C'est en connaissance de cause, estimant que la part de l'autre époux, telle qu'elle est déterminée par les conventions matrimoniales, est insuffisante, qu'il établira en quelque sorte une compensation en lui faisant une donation.

On ne comprendrait pas, en effet, que, si par un tel acte rien n'était ajouté au régime en vigueur, les époux se décident à remplir des formalités délicates, coûteuses et compliquées.

Remarquons cependant, que la prohibition partielle des sociétés entre époux a d'autres fondements que le principe d'immutabilité, entre autres le principe de la révocabilité en tout état de cause. Cette révocabilité a aussi pour but de pallier aux abus possibles d'influence de l'un des

époux sur l'autre, aux erreurs qui pourraient se trouver à la base des libéralités faites...

C'est parce que les sociétés entre époux permettraient à ceux-ci de réaliser des donations par voie détournée, c'est-à-dire de porter atteinte au principe d'immutabilité et de violer le principe de la révocabilité permanente des donations entre époux, que la jurisprudence mais non la loi prononce leur annulation.

Divers moyens sont en effet à la disposition des époux pour tourner les prescriptions légales :

a) *en matière d'apports.* — Dans la société, chaque associé doit obligatoirement apporter ou de l'argent ou son industrie.

Quand il s'agit d'un apport en argent, il suffit de savoir s'il a réellement été effectué; mais, au contraire, des difficultés d'appréciation apparaissent dans le cas d'un apport en industrie. La notion « d'industrie » étant assez floue, on peut se demander aussi s'il y a eu vraiment apport. Les mêmes difficultés se présentent en ce qui concerne les apports de crédit personnel.

Enfin, dans les apports de meubles ou d'immeubles, des majorations de valeur sont à redouter.

b) *en matière de répartition des bénéfices.* — Celle-ci est réglée par le contrat de société le plus souvent, mais le contrat peut être muet à ce sujet.

Il est en effet loisible aux associés de régler à leur gré la répartition des bénéfices réalisés par la société ; cependant, cette répartition devra être faite de telle sorte qu'aucun d'eux ne soit totalement exclu de la participation aux bénéfices ou aux pertes. Mais la loi permet aux associés d'attribuer à l'un d'eux une part plus élevée dans les bénéfices que dans les pertes. Ceci pourrait permettre aux époux de violer la prohibition des donations déguisées.

Dans le cas, au contraire, où le contrat n'a rien prévu,

la part de chacun des associés est proportionnelle au montant de leurs apports respectifs; une compensation pourra s'établir entre les bénéfices et les pertes. Mais si il y a eu majoration d'apports dans la répartition des bénéfices, il y aura alors entre les époux donation déguisée.

De même si l'un des associés n'a apporté que son industrie, sa part étant égale à celle de l'associé qui a fait le plus petit apport, si l'apport du premier ne correspond à rien de positif et de réel, cela pourra donner lieu à une donation déguisée.

c) Mais un autre cas peut encore se produire, si les associés ont convenu que la part de chacun d'eux dans les bénéfices ou les pertes sera déterminée par une plusieurs personnes désignées à cet effet, il y aura atteinte à l'autorité maritale si la femme est choisie, ou abus d'influence et lésion possible de la part du mari à l'égard de la femme, ou au contraire, risque de donation déguisée si c'est lui que les associés ont nommé.

CRITIQUE

L'argument jurisprudentiel fondé sur les art. 1096... 1099 ne saurait résister à une critique serrée.

Remarquons tout d'abord, en effet, que les donations entre époux ne sont pas condamnées *de plano* et de façon absolue par la loi. Au contraire, l'art. 1099 pose le principe que toutes les donations sont permises, sauf les donations déguisées. Une donation entre époux ne doit donc être annulée que lorsque la preuve aura été fournie qu'il y a déguisement. C'est aux tribunaux qu'il appartient de se prononcer sur le caractère des donations litigieuses (1).

Evidemment, les donations entre époux pour être pleinement valables ne devront pas dépasser un maximum déterminé par la théorie de la quotité disponible : ce

(1) Cour d'appel de Besançon, 28 oct. 1925. - D. 1925, p. 675.

dépassement ne peut nuire qu'aux réservataires à qui est conféré le droit de se plaindre de cette mesure qui porte atteinte à leur réserve.

D'autre part, il n'est pas évident qu'il y ait nécessairement donation du seul fait de l'existence d'une société entre époux. Celles-ci peuvent fonctionner utilement pour chacun des époux sans que pareil calcul existe de leur part. En effet, ils peuvent facilement s'avantager par donations ordinaires ou même par des donations indirectes. Les difficultés sont nombreuses et les avantages très discutables dans l'utilisation d'un tel artifice : telle serait, en effet, leur situation surtout dans le cas où la société comprendrait des tiers dont les époux devraient obtenir le consentement à leurs calculs et à leurs manœuvres.

Mais surtout, même s'il y a véritablement donation évidente entre les époux par l'intermédiaire du contrat de société, il est difficile d'admettre que la nullité soit prononcée sans un examen approfondi : car, ainsi que nous l'avons déjà remarqué, toutes les catégories de donations ne sont pas interdites entre eux.

Enfin, il suffirait pour que la société entre époux ne porte pas atteinte à l'art. 1096, qui concerne la révocabilité des donations, de stipuler dans les statuts (de l'exiger même) qu'il appartiendra à chaque associé de rompre, au moment désiré par lui, le lien qui l'attache à la société. MM. THALLER et PIC demandent à ce sujet que « chaque époux puisse comme il veut, révoquer, à tout instant, les donations qu'il fait à son conjoint, faire cesser à tout instant la société même si les statuts assignaient à sa durée un terme précis » (2).

Ainsi, peut-être, à la rigueur planera-t-il au-dessus des sociétés entre époux un soupçon de fraude, mais cela n'est pas suffisant pour faire prononcer leur nullité de plein

(2) THALLER et PIC: Traité des sociétés.

droit. De nos jours, d'ailleurs, où les intérêts des époux paraissent avoir tendance à se dissocier (en effet, on est enclin à remplacer par un régime de séparation de biens le régime de droit commun), cette présomption perd de sa valeur. La bonne foi doit être présumée et la nullité ne devra intervenir que si un échec très apparent et réel est constaté à l'égard des dispositions légales.

Les donations entre époux constituent donc, en réalité, un tempérament remarquable au principe d'immutabilité. La loi permet, par ce moyen, au mari et à la femme, de faire varier dans une certaine mesure la composition de leur patrimoine. Mais de plus, l'étude de la théorie du mandat appliquée aux rapports entre époux et l'examen de ses conséquences en pareille hypothèse nous prouvent que le Code et la jurisprudence elle-même viennent apporter au principe d'immutabilité des restrictions nouvelles.

La loi n'interdit les mandats entre époux dans aucune de ses dispositions ; on en déduit qu'ils sont permis. Cependant certaines limites leur sont assignées, non pas à raison du principe d'immutabilité, mais pour des motifs tels que : le respect de l'autorité maritale, l'observation de l'incapacité de la femme mariée...

Les pouvoirs des époux sont très larges en la matière. En effet, non seulement la loi autorise l'un d'eux à donner conventionnellement à l'autre mandat d'accomplir un acte juridique déterminé (mandat exprès) mais, dans certains cas, elle présume qu'un mandat existe entre eux, alors qu'ils n'ont rien convenu de tel. La jurisprudence considère d'ailleurs d'un œil très favorable cette construction du mandat tacite et se plaît à l'étendre.

Cependant, une telle convention conclue entre époux est très susceptible (elle l'est à coup sûr) d'aller à l'encontre du principe d'immutabilité. Ainsi, sous les régimes de séparation de biens ou de dotalité, il est assez fréquent que

la femme abandonne, expressément ou tacitement, l'administration de ses paraphernaux à son mari, alors qu'elle lui était nommément réservée par les régimes en question. De même le mari pourra valablement, par un mandat exprès, accorder à sa femme l'administration des biens qui lui avaient été confiés (3).

En outre, l'un des époux peut rendre inopérante, par un mandat formel, une clause inscrite dans le contrat de mariage réservant à la femme l'administration des biens dotaux (4).

L'étendue de cette institution est telle qu'une femme séparée de biens, ayant laissé par mandat tacite l'administration de sa fortune à son mari, la jurisprudence a décidé, dans un arrêt, que le produit des économies par lui réalisées restait à celui-ci, alors que d'après le contrat de mariage la femme aurait dû en bénéficier (5).

Enfin, grâce à la combinaison du mandat et de la donation, l'atteinte au principe d'immutabilité pourra être plus considérable encore. Aussi, M. NAST n'hésite-t-il pas à écrire que « les époux peuvent en réalité modifier par ce moyen leur statut matrimonial. Ainsi, ajoute-t-il, en cas de séparation de biens, la femme pourra donner mandat à son mari d'administrer ses biens et d'en percevoir les revenus (art. 1539), puis, par acte séparé, les époux se feront respectivement donation de la moitié des biens qu'ils laisseront à leur décès ou qu'ils posséderont à la dissolution du mariage, ou donation de la moitié de leurs acquêts : le mandat et la double donation procureront aux époux à peu près les mêmes avantages que la stipulation d'une communauté... » (6).

(3) Cass. 8 janvier 1890. - S. 1892-I-380.

(4) Montpellier, 29 novembre 1897, sous Civ. 15 mai 1899. - D. 93-I-353.

(5) Civ. 3 juin 1908. - S. 1910-I-369.

(6) Cf. PLANIOL, RIPERT et NAST, t. 1, p. 78 (Ed. 1925).

4^e ARGUMENT DE LA JURISPRUDENCE

LA PROHIBITION DES VENTES ENTRE EPOUX

L'art. 1595 du Code civil s'exprime en ces termes : « Le contrat de vente ne peut avoir lieu entre époux que dans les trois cas suivants :

1^o Celui où l'un des époux cède des biens à l'autre, séparé judiciairement d'avec lui en payement de ses droits.

2^o Celui où la cession que le mari fait à sa femme... ».

Il pose donc le principe général de la prohibition des ventes entre époux, mais il ajoute aussitôt trois exceptions qui sont d'ailleurs plutôt des cas de donation en paiement que des ventes proprement dites. Cette nouvelle incapacité des époux est encore une application de fait du principe d'immutabilité.

Mais ce principe est aujourd'hui très critiqué à juste titre ; étudions-le dans ses fondements.

Son origine se trouve dans l'ancien droit : il reposait opportunément sur la prohibition générale des actes entre époux et plus spécialement sur l'interdiction des donations entre époux.

Or, la prohibition générale des contrats entre époux a disparu à l'avènement du Code civil, bien que cependant certains auteurs aient soutenu le contraire. Tout d'abord, en effet, l'art. 1123 Code civil, pose le principe que toute personne doit être considérée comme capable, sauf exception expressément formulée par la loi (1). Ceci établi, le Code cite des applications spéciales de cette capacité dans les art. 279, 1099, 1435, 1577... L'article 1595 ne saurait donc reposer sur un tel fondement puisque, de nos jours, il n'a plus aucune existence.

Pas davantage on ne saurait invoquer la théorie des donations entre époux comme justification à la prohibition des ventes entre époux. Nous avons constaté, en effet, que le principe était la validité des donations entre époux : il comportait uniquement quelques restrictions concernant le dépassement de la quotité disponible, le déguisement des donations...

Certains auteurs, cependant, invoquent des raisons diverses : la vente serait irrévocable, or les donations sont essentiellement révocables ; la vente permettrait de dissimuler une donation à l'encontre des réservataires et de dépasser le disponible entre époux ; la vente permettrait de faire passer les biens du patrimoine de l'un des époux dans celui de l'autre au détriment des créanciers... Argument peu satisfaisant : le premier dépasse la mesure, le second n'est pas juste puisque l'art. 1595 prévoit lui-même l'application des règles de la réserve et de la réduction ; quant au troisième il présente quelque intérêt : l'équilibre et la composition des patrimoines des deux époux seraient modifiés : or, principe de l'immutabilité des conventions matrimoniales. C'est bien là, en effet, une nouvelle application de fait de ce grand principe. Il est difficile de con-

(1) Toute personne peut contracter, si elle n'en est pas déclarée incapable par la loi ».

trôler la portée de la double transmission qui doit avoir lieu entre les contractants, la vente n'est permise que lorsque ce contrôle est possible.

Mais nous avons déjà critiqué le principe d'immutabilité et constaté qu'il était appelé à disparaître grâce à l'instauration d'une publicité meilleure ; avec lui disparaîtront ces restrictions aux ventes entre époux, vestiges d'anciennes prohibitions effacées.

Sous un autre point de vue, il est logique de rechercher si le Code civil permettait une telle extension des règles de la vente aux sociétés entre époux. Pourquoi celles-ci sont-elles interdites contrairement aux dispositions expresses de l'art. 1123, grâce à des analogies difficiles à justifier ?

Le Code ne dit rien à ce sujet. Si tel avait été le désir des législateurs de 1804, ils n'auraient point manqué de faire pour les sociétés entre époux comme ils avaient fait en ce qui concerne l'échange : l'art. 1707 déclare notamment : « Toutes les autres règles prescrites pour le contrat de vente s'appliquent d'ailleurs à l'échange ».

Le Code ne prévoyant pas expressément une telle extension, était-il possible d'agir par analogie ? Notons d'abord que vente et société n'ont ni même nature, ni même but : « la vente ne fait que déplacer un élément de fortune d'un patrimoine dans l'autre, la société est un contrat d'enrichissement » (2). Donc interdire aux époux le contrat de société et leur interdire aussi la vente, c'est faire deux choses différentes. Par la première prohibition on n'enlève rien aux époux. La vente consiste, en effet, essentiellement dans le déplacement de deux valeurs d'un patrimoine dans un autre : ceci n'ajoute rien au point de vue richesse globale. Mais en interdisant les sociétés entre

(2) Note LABBÉ sous arrêt du 6 février 1888. - S. 1890-I-49.

époux on enlève à ceux-ci toute chance d'enrichissement par une action commune ; on les condamne à demeurer dans une situation immuable, d'où dangereuse, et à agir séparément. Pour sortir d'une telle impasse, on offre aux époux la rupture du lien conjugal, solution écartant délibérément l'intérêt des enfants et de la famille ; ou encore on encourage l'homme et la femme à choisir le concubinage au lieu du mariage : il présente, en effet, de grands avantages, soit au point de vue particulier, soit au point de vue commun, et un minimum d'inconvénients.

En outre, de même qu'en ce qui concerne les donations, rien ne prouve qu'à l'occasion de chaque vente entre époux il y aura fraude de la loi. Il suffirait de faire peser sur de telles opérations une présomption de fraude, et quand elle serait démontrée, de faire agir la nullité. D'ailleurs, cette présomption de fraude, très accusée dans les sociétés entre les seuls époux, s'atténue d'une manière remarquable dès que des tiers y sont admis.

CINQUIEME ARGUMENT DE LA JURISPRUDENCE

ART. 1840 C. CIV.

Nouvel argument invoqué par la jurisprudence en faveur de sa thèse de la nullité des sociétés entre époux.

« Nulle société universelle ne peut avoir lieu qu'entre personnes respectivement capables de se donner ou de recevoir l'une de l'autre et auxquelles il n'est point défendu de s'avantager au préjudice d'autres personnes. »

Cet article contient une prohibition qui se rattache directement au principe des restrictions apportées aux libéralités entre époux, c'est-à-dire en fait au principe d'immutabilité des conventions matrimoniales. Il s'applique essentiellement aux sociétés entre époux mais ne les atteint que d'un seul côté. En effet, le Code classe les divers genres de sociétés existantes en deux catégories, mais il étudie celles-ci dans deux sections différentes.

La première section analyse les sociétés universelles. Nous y trouvons l'art. 1840 : il définit la capacité que les parties doivent posséder pour pouvoir contracter de telles sociétés. Elles sont pleinement permises « entre personnes respectivement capables de se donner ou de rece-

voir... », au contraire, elles sont interdites entre les autres personnes. Mais il est nécessaire de distinguer : la doctrine n'a pas manqué de le faire.

En effet, certaines personnes sont capables de s'avantager, mais dans la mesure seulement où elles ne dépassent point certaines limites fixées par la loi, à raison de l'existence d'héritiers à réserve. Dans ce dernier cas, de telles sociétés sont-elles nulles de façon absolue, ou bien n'y a-t-il lieu qu'à réduction ? La jurisprudence penche nettement en faveur de la nullité, et une partie de la doctrine en faveur de la réductibilité (1).

Mais quelle est la solution lorsqu'il s'agit de personnes capables de s'avantager et dont la faculté de disposition n'est pas limitée par l'existence d'héritiers à réserve ? Une controverse s'élève à ce sujet dans la doctrine aux fins de savoir si de telles sociétés sont nulles de plein droit (GUILLOUARD) ou si on doit rapporter la preuve qu'il s'agit d'une donation déguisée. La question des sociétés universelles soulève donc nombre de difficultés : la condamnation des sociétés entre époux n'en résulte nullement de façon péremptoire.

Dans une deuxième section, le Code traite des sociétés particulières mais on n'y rencontre aucune restriction analogue à celles que prononce l'art. 1840. Or, comme les nullités sont de droit étroit, il apparaît normal que dans un cas comme celui prévu par l'art. 1840, les sociétés soient possibles; pourvu, toutefois, qu'elles ne portent pas atteinte aux dispositions prohibitives du Code.

En outre, remarquons que les sociétés universelles, qu'elles soient sociétés de tous biens présents, ou de tous biens gains (2) ou de tous biens présents et de tous gains sont très rares. Pratiquement, la très grande généralité

(1) DURANTON, t. 17, n. 381 ; TROPLONG, n° 301 et suivants.

(2) Art. 1838.

des sociétés sont des sociétés particulières: d'où la faible portée de l'art. 1840; la jurisprudence a nettement fait erreur en lui accordant une telle importance.

Les sociétés commerciales doivent être rangées au nombre des sociétés particulières, c'est-à-dire parmi les sociétés ayant un objet restreint et auxquelles chacun des membres doit faire des apports déterminés (art. 1841). Elles rentrent dans le cadre fixé par l'art. 1842: « Le contrat par lequel plusieurs personnes s'associent soit pour une entreprise désignée, soit pour l'exercice de quelque métier... est aussi une société particulière ».

L'art. 1840 ne saurait donc aboutir à la condamnation des sociétés entre époux. Là, pas plus qu'ailleurs, la solution jurisprudentielle ne peut trouver une assise solide.

SIXIEME ARGUMENT DE LA JURISPRUDENCE

RESTRICTIONS A LA CAPACITÉ COMMERCIALE DE LA FEMME

Aux diverses dispositions législatives invoquées déjà par elle à l'appui de sa thèse, la jurisprudence ajoute encore les art. 220 C. Civ. et 5 C. Com. Tous deux visent une situation unique : celle de la femme commerçante, et bien que contenus dans deux Codes différents s'expriment dans des termes absolument identiques.

La loi détermine ainsi dans quelles conditions la femme qui exerce un commerce possède la qualité de « commerçante » ou de « marchande publique ». La femme ne sera réputée telle que quand elle fera un « commerce séparé » ; elle ne le sera pas « si elle ne fait que détailler les marchandises du commerce de son mari, bien qu'elle soit munie de l'autorisation maritale requise et qu'elle exerce en fait un commerce.

Plusieurs situations, donc, doivent être envisagées :

1° *Cas où la femme a un mari commerçant qu'elle aide dans son commerce* en détaillant les marchandises. Les articles précités déclarent expressément que la femme ne peut alors être considérée comme commerçante. La juris-

prudence intervient aussitôt pour décider qu'alors, la femme n'étant pas commerçante, une société ne peut être formée entre elle et son mari.

La doctrine s'est dressée contre une telle prétention, de même qu'elle s'insurge à propos des mêmes articles, contre les conséquences qu'en déduit la jurisprudence pour écarter la femme de la faillite d'une telle société.

On ne voit pas bien, en effet, comment l'art. 5 C. Com. et l'art. 220 C. Civ. empêchent les époux de former entre eux une société commerciale. Dans ces sociétés tous les membres ne sont pas nécessairement des commerçants, *a priori*. Il importe surtout de connaître la nature de la société envisagée et la qualité que les associés y possèdent (1):

S'il s'agit d'associés tenus personnellement des dettes sociales, ils sont des « commerçants ».

Mais s'il s'agit d'associés dont la responsabilité est limitée (2), ceux-ci ne sont pas des commerçants ; cependant, ils ont la qualité d'associés au même titre que ceux de la catégorie envisagée précédemment.

Le fait, donc, que la femme ne puisse être réputée marchande publique ne lui interdit pas, d'après les art. 5 C. Com. et 220 C. civ., d'entrer en société avec son mari, celui-ci étant par exemple commandité et elle, une commanditaire.

2° *Cas où la femme exerce un commerce séparé.* Dès lors, elle est « commerçante ». Au point de vue de la jurisprudence elle sera alors capable de participer, à titre d'associée, à un contrat de société (3).

(1) V. LYON-CAEN: Grand traité de droit commercial, t. 1, n° 204.

(2) Ainsi les actionnaires dans une société anonyme, les membres d'une société à responsabilité limitée...

(3) Bien entendu, sous l'angle seulement des articles 5, C. Com. et 220 C. Civ.

Notons, d'ailleurs, que l'expression « commerce séparé » ne signifie nullement que le commerce de la femme doive être différent de celui du mari. Il suffit, pour qu'elle remplisse cette condition, que son commerce soit distinct. Considérons, maintenant, deux époux exerçant un commerce séparé. Ne pourront-ils pas former entre eux une société, ou entrer dans une société déjà formée, sans porter atteinte aux prescriptions des articles précités ? (4).

La loi n'a prévu, en effet, dans l'art. 5, § 2, que deux situations :

1° Le cas où la femme mariée détaille les marchandises du commerce de son mari ;

2° Le cas où la femme exerce un « commerce séparé ». Mais elle n'a pas solutionné, expressément du moins, le cas où les époux exploiteraient conjointement le même fonds de commerce. Cependant, la jurisprudence n'hésite pas à déclarer la femme préposée du mari ou même à considérer le mari comme préposé de sa femme. Donc la femme ou le mari ne sont pas commerçants puisque l'un d'eux est le préposé de l'autre et on retombe dans le premier cas déjà étudié.

Une autre situation délicate est celle dans laquelle le fonds de commerce a été acquis conjointement et solidairement par les deux époux. La femme ne pourra pas être considérée comme commerçante puisqu'elle ne fait pas un « commerce séparé ». M. ESCARRA, d'ailleurs, ajoute en faveur de cette thèse l'argument d'analogie tiré des dispositions de la loi de 1907 (5).

Concluons en disant que le législateur paraît avoir posé là une présomption absolue et irréfragable. Certains au

(4) Société qui tendrait par exemple à accroître le crédit de leurs entreprises respectives.

(5) M. ESCARRA : « Principes du droit commercial », T. 1.

teurs cependant estiment que la loi n'a établi cette présomption que pour le cas seulement où une convention expresse de société ferait défaut. Du fait de l'existence d'un contrat de société, cette présomption n'aurait plus besoin de jouer car les tiers se trouveraient protégés, connaissant la nature et l'étendue du lien qui existe entre les époux.

Nous devons ajouter à ceci l'important argument que fournit le projet de loi R. RENOULT relatif à la suppression de l'incapacité de la femme mariée. Il vise, en effet, dans son art. 2, à faire disparaître de notre Code Civil l'art. 220 et par voie de conséquence l'art. 5 C. Com.: « Les art. 217, 218, 219, 220... et la loi du 13 juillet 1907 sont abrogés ».

Cela nous fournit la preuve que la solution jurisprudentielle est allée trop loin en faisant de l'art. 220 une application rigoureuse et n'est plus en harmonie avec les mœurs et tendances actuelles. Donc, si le projet R. RENOULT est adopté par le Parlement, ce dernier argument disparaît à son tour. La validité des sociétés entre époux ne rencontrerait plus d'obstacle ; en tout cas, cette question ferait l'objet d'une réglementation précise et de dispositions expresses.

C. = LA NATURE ET LES CARACTÈRES DES SOCIÉTÉS ENTRE EPOUX

La nullité est la sanction constante dont nos tribunaux frappent les sociétés entre époux, dès que leur existence vient à leur être révélée pour quelque cause et sous quelque forme que ce soit.

Après avoir étudié successivement les arguments que la jurisprudence a puisés ça et là dans le Code civil à l'appui d'une telle solution, il importe de déterminer la nature de la nullité dont il s'agit, d'après l'utilisation qu'elle en fait : tour à tour, nous serons ainsi appelés à connaître les caractères et les effets de cette nullité.

D'un point de vue très général, on peut déjà remarquer que la nullité est une mesure très grave par ses répercussions, surtout s'il s'agit d'une nullité absolue. En effet, pour protéger certains intérêts déterminés, elle aboutit trop souvent à en violer nombre d'autres. Aussi, les nullités sont-elles de droit strict et ne doivent-elles être appliquées qu'avec une grande circonspection (1). « Les nullités sont odieuses », a-t-on pu écrire (SOLON).

Dans la matière des sociétés, en particulier, leurs inconvénients sont accrus, d'où la nécessité de ne pas les multi-

(1) A juste titre on peut leur appliquer la célèbre maxime : « Summum jus, summa injuria. »

plier. « Nous estimons, déclare M. LESACHÉ, qu'il ne faut pas multiplier les causes de nullité dans les sociétés parce qu'on fait ainsi supporter à des tiers bien innocents une faute toute personnelle à un individu » (2).

Or, la nullité des sociétés entre époux ne se justifie pas légalement puisqu'elle n'est pas prévue par le Code, et les divers arguments jurisprudentiels fournis pour la fonder ne l'imposent pas impérativement. Cependant, elle existe en fait avec des caractères et des effets spéciaux. Après les avoir dégagés, nous serons amenés à étudier plusieurs questions très importantes : Comment la jurisprudence peut-elle prononcer une nullité qui n'est pas légale ? D'abord, la loi seule peut-elle prononcer la nullité ? Par quel procédé une nullité peut-elle être créée ?

Mais il nous apparaît désormais que nous sommes en face d'une institution qui n'a pas de place définie dans notre arsenal juridique, c'est-à-dire d'une institution pleinement prétorienne.

La nature et les caractères de cette nullité sont difficiles à déterminer. Les nullités, en effet, sont classées par les auteurs en grandes catégories, et il est délicat de faire entrer dans l'une plutôt que dans l'autre, la nullité qui concerne les sociétés entre époux.

La doctrine est très divisée à ce sujet, d'ailleurs une étude approfondie démontre amplement les raisons de la diversité des opinions.

1° On classe d'abord les nullités en nullités virtuelles et nullités textuelles. Quelle est la nature de la nullité des sociétés entre époux ?

(2) Rapport présenté au Sénat par M. LESACHÉ sur une proposition de loi ayant pour objet la protection de l'épargne. Une place spéciale est d'ailleurs faite à des dispositions permettant de couvrir assez facilement les nullités, afin d'éviter tous les inconvénients exprimés ci-dessus.

D'après ce que nous savons déjà, il apparaît nettement qu'il s'agit d'une nullité virtuelle. C'est, en effet, une solution découlant de l'esprit de la loi ou que la jurisprudence a cru devoir considérer comme découlant de l'esprit de la loi. Elle ne résulte d'aucun texte exprès, mais elle est tirée de dispositions afférentes à d'autres situations. La loi ne détermine donc aucunement ni sa nature ni ses caractères et effets.

2° Mais ce qui est plus important c'est de connaître si elle doit être rangée parmi les nullités absolues ou parmi les nullités relatives.

La jurisprudence n'accorde à la nullité des sociétés entre époux que des effets imparfaits, ce qui conduirait à admettre qu'il s'agit d'une nullité relative ; mais à d'autres points de vue, cette opinion ne peut se justifier.

Les arguments employés par elle pour fonder la nullité font pencher en effet en faveur de la nullité absolue : la violation des divers textes ainsi invoqués intéressent l'ordre public. Mais les conséquences d'une telle nullité sont trop rigoureuses et ne peuvent se concilier avec les faits. Aussi, la jurisprudence qui considère cependant avec méfiance les sociétés entre époux, a dû apporter des tempéraments à la règle légale, qui sont autant de violations des principes.

Ces hésitations et ces contradictions même de nos tribunaux nous les trouvons exprimées chez la plupart des auteurs.

« Un certain flottement subsiste en jurisprudence sur les caractères et partant sur les effets juridiques de la nullité des sociétés entre époux, déclare M. PIC (3). Toutefois, de l'ensemble des arrêts, il ressort qu'il s'agit ici d'une

(3) Au mot « Société » dans le répertoire pratique de législation Dalloz, éd. 1925, p. 80,

nullité spéciale ne devant être confondue ni avec la nullité ordinaire pour cause d'incapacité, ni avec la nullité pour cause illicite... ».

De même M. BOUVIER-BANGILLON (4) constate que « la théorie jurisprudentielle sur la nature et les conséquences de la nullité des sociétés entre époux, ne laisse pas que d'être ambiguë. La jurisprudence part de la nullité absolue des sociétés entre époux, mais elle n'en tire pas toutes les conséquences ordinaires et logiques ».

Enfin, dans le traité de M. HÉMARD, on lit: « C'est aux sociétés illicites qu'il convient de rattacher les sociétés entre époux, puisque la jurisprudence les déclare nulles, d'une nullité absolue et d'ordre public, comme constituées en fraude de dispositions impératives du Code. Et il faut les étudier à côté des sociétés dont l'objet d'exploitation est licite, tout en leur faisant une place à part en raison des caractères que leur attribue la jurisprudence : celle-ci les annule comme illicites et elle fait produire à cette nullité les effets d'une nullité relative » (5).

Certains auteurs ont même prétendu que la nullité appliquée aux sociétés entre époux pouvait être considérée comme un des nombreux corollaires du principe de l'incapacité de la femme mariée. En effet, les principes invoqués, tels que l'autorité maritale et l'immutabilité des conventions matrimoniales répondent à l'idée d'infériorité de la femme et à celle de protection nécessaire de l'épouse contre les abus d'influence du mari. On pourrait de même admettre cette nullité parmi les nombreux moyens de jurisprudence prétorienne qui ont été imaginés pour sauvegarder les apports de la femme.

(4) Note BOUVIER-BANGILLON sous arrêt 23 janvier 1912, - D. 1912-1-481.

(5) V. HÉMARD: « Théorie et pratique des nullités de sociétés et des sociétés de fait, éd. 1926, p. 101.

Mais la nullité des sociétés entre époux est bien plutôt une nullité absolue : s'il s'agissait d'une nullité relative elle s'avèrerait fort dangereuse pour les tiers dont les intérêts seront, dans la plupart des cas, prépondérants ; en outre, du point de vue des principes une telle solution ne peut être admise.

En effet, le C. C. sanctionne chacune des dispositions citées par la jurisprudence à l'appui de la nullité, par la nullité absolue. Cela ne fait aucun doute pour l'autorité maritale et l'immutabilité des conventions matrimoniales. De même notre ancien droit appliquait la nullité absolue aux donations et aux ventes entre époux. De nos jours, les donations entre époux sont permises ou simplement réductibles au chiffre de la quotité disponible ; les ventes entre époux ne sont atteintes que par la nullité relative, bien que ce soit encore discuté, mais on admet facilement que l'ancienne tendance a survécu.

Les sociétés entre époux sont donc nulles parce qu'elles portent atteinte à des dispositions d'ordre public. Or, en vertu de l'art. 1133, toutes les conventions contraires à l'ordre public sont atteintes d'une nullité absolue. C'est ce caractère que plusieurs arrêts ont conféré à la nullité des sociétés entre époux (6).

Mais la jurisprudence a-t-elle respecté, dans l'application de la nullité qu'elle a créée, les règles qui sont propres aux nullités absolues ?

Celles-ci présentent plusieurs caractères spécifiques :

- 1° Elles peuvent être invoquées par tous les intéressés, en tout état de cause.
- 2° Elles ne sont pas susceptibles de confirmation.
- 3° Elles ne peuvent être prescrites.

(6) V. Nancy, 9 fév. 1901. - J. Soc. 1901-403. — Req. 12 juillet 1887. - S. 87-I-384. — Trib. com. Namus, 8 nov. 1923. *Revue pratique*, 1924, p. 271.

Existent-ils en ce qui concerne la nullité des sociétés entre époux ?

1° *Qui peut invoquer la nullité ?*

a) Il apparaît certain, tout d'abord, que ce droit appartient aux époux eux-mêmes.

Aucune hésitation n'est permise à l'égard de la femme. Les diverses raisons, en effet, qui ont abouti à la condamnation des sociétés entre époux, ont pour base la protection de la femme mariée contre les abus possibles de la part du mari, et la volonté d'assurer le respect de son incapacité. D'ailleurs, si la nullité était simplement relative, elle posséderait déjà ce droit, on ne saurait le lui refuser ici (7).

Nous reconnaitrons ce droit au mari, aussi facilement. Car les sociétés entre époux ont pour inconvénient principal de porter atteinte à l'autorité maritale et aux droits du mari comme chef de la communauté conjugale. Or, il doit pouvoir faire respecter son autorité méconnue (cela du moins, tant que le principe de la puissance maritale n'aura pas disparu de notre législation ou n'aura pas subi d'atténuation notable).

La responsabilité des époux risque d'ailleurs d'être incidemment engagée au-delà de ce qui avait été prévu par la charte matrimoniale. L'un d'eux peut avoir à se plaindre des agissements de l'autre : ainsi, dans le cas où le mari a la direction des affaires sociales cependant que la femme n'est qu'une simple associée. Une telle situation doit comporter une issue et un terme.

b) A côté des époux la société peut comprendre des tiers associés, ils auront, eux aussi, intérêt à pouvoir invoquer la nullité et aboutir à sa liquidation. Du jour, en effet, où

(7) V. Req. 11 avril 1906. - D. 1908-I-284.

deux époux apparaissent dans une même société une situation incertaine et particulièrement instable, tout à fait nuisible au développement des affaires sociales et au crédit de la société, se trouve créée.

Ils ont les mêmes droits que les époux.

c) Pourront intervenir, à leur tour, les créanciers personnels des époux. Ils y ont un intérêt primordial car les sociétés entre époux, tant qu'une publicité suffisante ne sera pas réalisée en matière matrimoniale, risquent d'aboutir à la violation du principe d'immutabilité. Ils peuvent ainsi se trouver dépouillés complètement, sinon de leurs droits, du moins de tout ce qui en fait l'objet, par des opérations frauduleuses exécutées sous le couvert de la société.

De plus, les créanciers personnels des époux ou des tiers associés y trouvent un nouvel avantage « puisque la jurisprudence leur assure le droit de concourir avec les créanciers sociaux sur l'actif de la société, si ces créanciers personnels ont une hypothèque légale ou judiciaire, elle frappera les immeubles sociaux » (8).

Ainsi, la nullité peut être demandée par le syndic de la faillite de la société au nom des créanciers du mari antérieurs à la constitution même de la société (9).

Mais, quoique nulle, la société contracte des obligations ; des créanciers sociaux seront apparus. Leurs droits peuvent être gravement atteints par la perte de crédit qui sera le résultat fatal de sa situation incertaine et de sa vie anormale et précaire. Par le droit d'invoquer la nullité, ils pourront ménager leur intérêt et aussi, provoquer indirectement en cas d'insuccès, une liquidation immédiate de la société. En cas de faillite, le droit d'in-

(8) V. HÉMARD: Ouvrage cité, p. 123.

(9) Paris, 24 mars 1870. - D. 72-II-43.

voquer la nullité appartient non aux créanciers sociaux mais au syndic de la faillite (10).

La nullité de la société entre époux doit aussi, pour posséder tous les caractères d'une nullité absolue être invocable en tout état de cause. La jurisprudence l'affirme nettement dans plusieurs arrêts (11).

Ainsi, la nullité d'une société contractée entre époux ou entre deux époux et un tiers peut être proposée pour la première fois en cause d'appel (12).

Elle peut être opposée tant par voie d'exception que par voie d'action principale (13), cela même après la mise en faillite de la société (14). « Attendu, déclare un arrêt, qu'il peut paraître regrettable que cette nullité soit invoquée par le syndic, aujourd'hui seulement, bien que la faillite soit ouverte depuis trois ans, mais qu'elle n'en doit pas moins être prononcée » (15).

2° Les nullités absolues ne sont pas susceptibles de confirmation : celle-ci est-elle admise dans la nullité des sociétés entre époux ?

La confirmation est essentiellement l'acte juridique qui, appliqué aux conventions frappées de nullité relative couvre cette nullité et les rend parfaitement valables. Par définition, sa sphère d'action est limitée aux nullités relatives. Elle ne saurait s'appliquer aux nullités absolues car celles-ci ont pour effet principal d'anéantir entièrement l'acte juridique qu'elles atteignent, de l'effacer aussi bien

(10) Nancy, 9 fév. 1901, précité. La régie elle-même a le droit de demander la nullité de la société. (Arrêt du 24 février 1913-1-141.)

(11) Paris 18 février 1908. - J. trib. com., 1909, p. 305; Paris, 10 décembre 1896. - D. 97-2-25.

(12) Paris, 10 décembre 1896 (précité).

(13) Nancy, 9 février 1901 (précité).

(14) Paris 24 mars 1870. - D. 72-2-43.

(15) Nancy 9 février 1901 (précité); Lyon 8 mai 1884. - D. 84-II-219.

dans le passé que dans le présent et l'avenir. Il y aurait quelque contradiction, en effet, à admettre que la confirmation puisse intervenir valablement puisque l'acte ou la convention n'ont jamais été doués d'une existence légale. Comment reconnaître une vie à ce qui n'a pas été ?

En cette matière, la jurisprudence a beaucoup varié dans les solutions qu'elle a données aux diverses espèces qui lui étaient soumises.

Dans certains arrêts, elle a déclaré que les sociétés entre époux ne pouvaient être confirmées, parce que le pacte social était contraire à des dispositions d'ordre public. « Frappé d'une nullité absolue *ab initio*, dit un arrêt, il ne pouvait avoir été l'objet d'une ratification valable de la part des associés qui l'avaient exécuté » (16).

Dans d'autres arrêts, la jurisprudence reconnaît, au contraire, que la nullité des sociétés entre époux pouvait être couverte par la confirmation, l'exécution ou la ratification : « ...Attendu que vainement le pourvoi objecte que les nullités par lui invoquées sont d'ordre public ; qu'en admettant qu'elles aient ce caractère, elles n'en ont pas moins été couvertes par la ratification et la complète exécution constatées par l'arrêt, cette ratification et cette exécution ayant eu lieu après le décès de V..., c'est-à-dire à une époque où les motifs d'ordre public étaient hors de cause... » (17).

D'ailleurs, il n'y a pas unanimité, dans la doctrine elle-même, sur le point de savoir si, au regard des principes, les nullités absolues sont ou ne sont pas susceptibles d'être confirmées. Beaucoup penchent en faveur de la négative, mais nombre d'autres n'admettent pas facilement cette distinction tranchée entre nullités relatives et nullités absolues. Ils estiment que la confirmation doit être admise,

(16) Nancy 9 février 1901 (précité).

(17) Req. 6 fév. 1888. - S. 90-I-49. Note Labbé.

dès que les motifs d'ordre public, qui étaient à la base de la nullité ont disparu. La confirmation serait impossible dans le cas seulement où la nullité dériverait de causes permanentes ou serait attachée à des vices radicaux que le temps ne saurait modifier (18).

Doit-on admettre que, dans le cas où le lien conjugal est dissous par la mort d'un époux ou le divorce par exemple, la confirmation soit possible, les motifs d'ordre public ayant désormais disparu. Logiquement, la société entre époux étant nulle *ab initio*, on devrait lui refuser toute existence. Ainsi, les fraudes que la jurisprudence a voulu éviter en condamnant les sociétés entre époux seraient entérinées !

La solution de la jurisprudence qui admet la confirmation d'une nullité qu'elle déclare par ailleurs d'ordre public, laisse fort à désirer. Pratiquement, elle présente de grands avantages, car elle évite une liquidation qui préjudicierait beaucoup aux époux de bonne foi et aux tiers associés.

3° *Les nullités absolues ne peuvent pas être couvertes par la prescription.* Il doit en être de même à l'égard de la nullité des sociétés entre époux. En outre, l'art. 2253, C. civ., décide que la prescription ne court point entre époux. Ce dernier argument, invoqué par M. HÉMARD (19), ne joue pas ici, car il y a d'autres personnes que les époux, intéressées à demander la nullité de la société.

Cependant, puisque la jurisprudence admet, en général,

(18) D'ailleurs l'impossibilité de la confirmation ne présenterait guère d'inconvénients, car d'après la jurisprudence la société entre époux nulle est considérée comme une société de fait. En conséquence, elle doit être liquidée d'après les statuts ou encore d'après la loi ou les usages en la matière. Son seul inconvénient serait l'anéantissement d'une société en pleine marche, car, aussitôt après, les associés pourraient reformer une société analogue.

(19) HÉMARD, ouvrage cité, p. 124.

la confirmation de la nullité des sociétés entre époux, il semble que la prescription doive être possible à son tour. Cela est encore contraire aux principes.

En effet, parmi les modes de confirmation, on distingue la confirmation tacite qui constitue l'un des principaux fondements logiques de l'institution de la prescription. Celle-ci aura donc lieu là et à partir du moment où la confirmation pourrait jouer.

Mais une difficulté nouvelle se présente : la loi admet en matière de sociétés deux sortes de prescriptions. L'une, très générale, est fondée sur l'art. 1304, C. civ. d'après lequel « dans tous les cas où l'action en nullité ou en rescision d'une convention n'est pas limitée à un moindre temps par une loi particulière, cette action dure 10 ans... Ce temps ne court pour les actes passés par les femmes mariées non autorisées que du jour de la dissolution du mariage ». L'autre est réservée plus spécialement aux sociétés ; elle découle de la loi du 1^{er} août 1893. Laquelle appliquer ici ? La question présente une grande importance en ce qui concerne le point de départ de la nullité (20). Sans aucun doute, ce sera celle fondée sur l'art. 1304, C. civ. En effet, la nullité créée par la loi de 1893 ne doit d'appliquer que dans les seuls cas déterminés dans son art. 41. Or, la société entre époux ne s'y trouve pas énumérée. De plus, il serait illogique que du seul fait que dix années se sont écoulées depuis la constitution de la société sans que l'action en nullité ait été mise en mouvement, la société se trouvait dès lors régulièrement constituée. Car les choses demeurant dans le même état les inconvénients subsistent, identiques.

(20) Le point de départ de cette nullité est le jour où la société s'est trouvée irrégulièrement constituée.

D. --- LES EFFETS DE LA NULLITÉ DES SOCIÉTÉS ENTRE EPOUX

Parce qu'elle vise des dispositions d'ordre public, la nullité qui s'applique aux sociétés entre époux, doit comporter les effets des nullités absolues.

A priori donc, la société sera considérée comme n'ayant pas existé ni fonctionné depuis le jour où les époux en ont fait partie. Elle n'aura jamais vécu si les époux étaient au nombre des associés lors de sa constitution. En conséquence, il ne sera tenu aucun compte, ni du pacte social et des statuts élaborés, ni de la manière dont ceux-ci avaient prévu la liquidation de la société. En effet, cet acte est alors nul en lui-même.

De même la société sera déliée des obligations qu'elle avait pu contracter avec des tiers, car ceux-ci étaient censés savoir que « gens mariés ne peuvent en société tenir négoce ». Les choses seront remises dans l'état où elles se trouvaient, avant que l'acte ayant rendu la société irrégulière ne se fut produit. « Quod nullum est, nullum producit effectum ».

Une solution aussi catégorique était pleinement postulée par les principes, mais elle se heurtait aux nécessités de la vie courante et des affaires. Elle présentait aussi de

graves et sérieux dangers pour tous ceux qui faisaient partie de la dite société ou avec qui elle s'était obligée (1).

Il appartenait à la jurisprudence de remédier à la situation ambiguë qu'elle avait ainsi créée. Elle l'a fait en « s'inspirant des besoins du commerce et de la nécessité des affaires, envisageant la réalité des choses et s'inclinant devant le fait accompli » (2). Les sociétés entre époux présentent, en effet, de nombreux intérêts et dans la majorité des cas, poursuivent un but licite. La question n'est d'ailleurs qu'une face d'un problème plus général, posé pour tous les cas de nullités de sociétés. Les mêmes inconvénients se présentent aussi graves et aussi étendus. La jurisprudence s'efforce d'y parer. La solution qu'elle donne est complexe, insuffisamment précisée.

Nous distinguerons deux situations, selon l'époque à laquelle intervient l'annulation :

1° Avant tout fonctionnement, la société est frappée de nullité. Chacun reprend alors ses apports ; le pacte social est tenu pour nul et non avenu. La situation antérieure est assez facilement rétablie.

2° Mais, si la société avait déjà fonctionné avant l'application de la nullité, ce qui est le cas le plus fréquent, il est difficile d'arriver à une solution équitable. Aussi la jurisprudence a-t-elle marquée de nombreuses hésitations entre plusieurs procédés possibles.

Elle a été amenée à reconnaître que « si de telles associations n'ayant pu légalement se former doivent être considérées comme non avenues, la nullité de la société, lorsqu'elle a été créée dans un but d'intérêt licite en lui-même, n'empêche pas, que, jusqu'au moment où cette nullité est

(1) A l'appui de cette idée, les auteurs mentionnent généralement l'arrêt du 5 mai 1902. - S. 1905-I-41, qui prononce la nullité d'une société entre époux dont le fonctionnement normal durait depuis 27 ans !

(2) V. HÉMARD, ouvrage cité, p. 125.

demandée il ait pu y avoir entre les prétendus associés des rapports de fait qui doivent se régler conformément aux règles de droit et aux usages de la matière... » (3).

La société, bien que déclarée nulle, n'en a donc pas moins existé en fait. Elle est considérée pour les besoins de sa liquidation comme se survivant à elle-même. Mais à quel titre ?

Tour à tour la jurisprudence l'a regardée comme une communauté d'intérêts et une simple indivision, et comme une société de fait. C'est dans ce dernier sens qu'elle est désormais fixée et la chose présente un grand intérêt.

En effet, la liquidation de la société entre époux frappée de nullité en tant que « société de fait », maintient le principe social. Si elle avait admis la liquidation comme communauté d'intérêts ou indivision, la nullité des sociétés entre époux était sauvegardée. Au contraire, admettre la société de fait, c'est admettre avant tout l'idée de société.

La liquidation de la société annulée à titre de communauté d'intérêts ou d'indivision s'opérait ainsi (2) : Les associés reprenaient leurs apports et ce qui restait était partagé suivant l'équité, en tenant compte de la règle que nul ne doit s'enrichir aux dépens d'autrui.

Mais les intérêts des époux et des tiers associés ainsi que ceux des personnes liées à la société par des rapports d'obligations n'étaient pas suffisamment protégés. Aussi la jurisprudence a voulu, parallèlement à ce qu'elle fait pour les nullités de mariage, quand elle applique la théorie du mariage, putatif dans l'intérêt des enfants issus de l'union, considérer la société, bien que nulle en principe, comme valable à titre de société de fait.

(3) Civ. 5 mai 1902 (précité); Req. 19 mai 1908. - D. 1908.-I-359 ; Civ. 23 janvier 1912 (précité); Civ. 3 juillet 1917. - D. 1917-I-127 ; Req. 1^{er} février 1926. - D. Hebd. 1926, p. 114.

(4) Civ. 7 mars 1888. - D. 1888-I-349 ; Req. 23 avril 1902. - D. 1902-I-309 ; Civ. 5 mai 1902 (précité).

D'ailleurs, il ne s'ensuit pas que la liquidation s'opérera selon un mode unique : tantôt elle se fera suivant les dispositions prévues à ce sujet par le pacte social, tantôt suivant les usages admis dans la matière des sociétés, c'est-à-dire selon l'art. 1853. Or, celui-ci déclare : « Lorsque l'acte de société ne détermine point la part de chaque associé dans les bénéfices ou pertes, la part de chacun est en proportion de sa mise dans le fonds de la société... » (5).

Encore faudra-t-il, toutefois, que la liquidation ainsi opérée n'ait pas pour résultat de consacrer ce que la jurisprudence a voulu éviter : elle ne doit pas porter atteinte aux dispositions du contrat de mariage ou aboutir à violer l'un ou l'autre des textes de lois visés (6).

Cependant, dans quelques cas d'espèces, la jurisprudence tend à sauvegarder les droits des tiers de la manière la plus large : elle n'opère le règlement des intérêts respectifs des associés suivant l'art. 1853 qu'en l'absence de conventions écrites. Elle applique donc le pacte social (7).

En effet, elle accorde aux sociétés de fait une existence telle qu'après la demande en nullité, la société peut être déclarée en faillite (8).

La faillite de la société entraînera comme conséquence la faillite personnelle du mari, celle des tiers associés, et celle même de la femme mariée, dans le cas où elle exerce un commerce séparé (9). En cette hypothèse si, dans la liquidation de la société un passif apparaît, la femme mariée sera tenue au même titre que son mari et solidairement avec lui.

(5) Civ. 5 mai 1902 (précité) ; Req. 1^{er} février 1926, *Rev. Soc.*, 1926, p. 316.

(6) Cass. 11 avril 1906. - D. 1908-I-284 ; Cass. 3 juil. 1917 (précité).

(7) Cass. 6 février 1888. - S. 90-I-49. Note LABBÉ.

(8) Civ. 23 janvier 1912. - D. 1912-I-481 ; Req. 3 juillet 1917 et 1^{er} février 1926 (précités).

(9) Agen 22 mars 1899. - D. 99-2-474 ; Civ. 23 janvier 1912 (précité).

Les inconvénients que présentait la sanction de la jurisprudence faisant de la nullité des sociétés entre époux une nullité absolue sont donc très atténués par la notion de société de fait. Il semble, selon la remarque de M. SAVATIER, que « les sociétés entre époux étant considérées comme des sociétés de fait soient moins nulles que révocables. Leur nullité n'atteint, en effet, que l'avenir et laisse subsister leur effet dans le passé. Elle se distingue, cependant, de la révocabilité en ce qu'elle est susceptible de faire cesser la société entre époux sur la demande non seulement de ceux-ci, mais de tout intéressé » (10).

(10) *Revue trimestrielle de Droit civil*, 1921, p. 93.

TROISIEME PARTIE

**ETUDE DU PROJET
DE LA SOCIÉTÉ D'ETUDES
LÉGISLATIVES**

L'étude de la nullité des sociétés entre époux considérée dans ses fondements, ses caractères et ses effets nous a permis de remarquer combien est prétorienne la solution jurisprudentielle.

Ce qui frappe de prime abord, en effet, c'est l'absence de tout texte juridique qui les concerne, le silence absolu du législateur, et la rigueur de la sanction que la jurisprudence leur inflige. Il y a là une situation bien caractéristique qui soulève la question importante de savoir comment elle a pu prononcer une nullité qui n'est pas légale.

Car les divers articles énumérés dans leurs arrêts par nos tribunaux, afin de la justifier, s'appliquent à des situations bien déterminées. Dans aucun d'eux les sociétés

entre époux ne sont nommément désignées, ni indirectement visées (1). De quel droit les condamner ?

Il est intéressant d'étudier sommairement ici l'origine de ce pouvoir que la jurisprudence s'est conférée et les modalités de son évolution.

Le Code civil et les lois postérieures ont pour but de régir la vie juridique des individus ; à ce titre, ils contiennent des dispositions impératives ou prohibitives prescrivant à ceux-ci de faire tel acte ou de s'en abstenir. En outre, pour assujettir les particuliers à l'observation de ses prescriptions, le législateur a pris diverses mesures, dont la nullité. On peut la définir comme étant la sanction par laquelle la loi anéantit en partie ou dans sa totalité l'acte qui contrevient à ses commandements ou à ses défenses. Les tribunaux devront, en conséquence, appliquer la nullité dès qu'elle sera prévue expressément, et dans ce cas seulement. En effet, en vertu du principe de la séparation des pouvoirs, qui est encore à la base de nos institutions, ils ne sauraient créer le droit.

A ce titre, les sociétés entre époux seraient pleinement valables. Le fait que, dans notre Code civil aucun texte ne condamne point à la nullité par voie de mesure générale tous les actes faits contrairement à ses préceptes, est en faveur d'une telle argumentation (2). On en déduit, en effet, que chaque cas particulier de nullité doit être prévu par une disposition spéciale. Tels sont les principes. Mais

(1) « Où est la disposition, demande M. Pont, qui déclare l'homme et la femme mariés incapables de former entre eux une société ? » *Traité des Sociétés*, t. 1, n° 36.

(2) Mais, ajoute-t-on, comme d'un autre côté il ne renferme aucun texte portant que les cas prévus par ces dispositions sont les seuls dans lesquels la violation de la loi entraîne nullité, il faut admettre avec la doctrine et la jurisprudence que le juge peut et doit quelquefois déclarer nuls des actes dont la nullité n'a pas été prévue expressément par le législateur » (AUBRY et RAU : « *Traité de Droit civil français* », t. 1, p. 179.)

on ne saurait s'arrêter à un point de vue si simpliste et aussi schématique.

Comme nous l'avons déjà remarqué, le Code civil n'avait pu et ne pouvait tout prévoir. Par ailleurs, l'action du législateur est lente et difficile à mettre en mouvement ; enfin, la réglementation n'intervient très souvent, en ce qui concerne une situation juridique définie, que lorsqu'elle est déjà apparue dans la pratique. Or, la vie des affaires est en perpétuelle évolution, des combinaisons multiples se font jour. L'action de nos tribunaux, qui sont dans l'obligation de dire le droit dans tous les cas (3), s'avèrerait impossible si une certaine latitude ne leur était accordée dans l'application des lois. Aussi la doctrine reconnaît volontiers à la jurisprudence certains pouvoirs, grâce auxquels les lois « s'assortissent à chacune de nos affaires, par quelque interprétation détournée, contrainte et biaise » (4).

Ceci admis, il importe particulièrement de connaître comment s'exerce ce pouvoir des tribunaux et quelles sont ses limites. En effet, la théorie de la nullité des sociétés entre époux est issue en totalité de l'exercice de ce pouvoir.

Mais en quoi consiste-t-il tout d'abord ? En théorie, le juge doit une obéissance absolue à la loi ; au contraire, dans la pratique, il tend et aboutit souvent à l'abroger, à la compléter ou à l'interpréter. Ces droits paraissent exorbitants, et la chose invraisemblable. Mais comme le déclare M. PERREAU, « le pouvoir de la jurisprudence est tellement étendu, la richesse de ses procédés si variée, souvent les formules employées par nos lois civiles sont si

(3) Art. 4, C. Civ. : « Le juge qui refusera de juger, sous prétexte de l'obscurité ou de l'insuffisance de la loi pourra être poursuivi comme coupable de déni de justice ».

(4) MONTAIGNE : « Essais », livre III, chap. XIII.

larges, ou bien leurs divers textes se limitent mutuellement de telle manière, que les tribunaux possèdent pratiquement un droit très voisin d'abrogation ou dérogation » (5).

Selon les circonstances, selon la nature du litige, les juges utilisent divers procédés. M. GENY en donne une fine analyse : « Quand la tradition ne pèse pas sur lui au point de lui dicter sa sentence, le magistrat moderne consulte avant tout les textes légaux. Si ceux-ci sont silencieux et insuffisants, il cherche les solutions nécessaires dans le domaine où se développe librement la volonté des hommes, celui des actes juridiques. En dernière analyse seulement, et à défaut d'un point d'appui légal ou volontaire, il recourt aux argumentations rationnelles qu'il manie avec défiance et réserve » (6).

En notre matière, la tradition à elle seule ne pouvait amener nos tribunaux à conclure en faveur de la nullité des sociétés entre époux. Elle est en effet indécise et assez difficile à dégager, nous l'avons vu.

D'autre part, les textes étaient muets sur une telle institution. La jurisprudence devait donc se borner, pour donner une solution à cette situation de fait non prévue par le législateur, à rechercher l'esprit de la loi. Dans ce but, elle recourut à son procédé normal qui consiste à découvrir les dispositions légales présentant quelque analogie avec la matière envisagée et à les rapprocher pour en tirer ensuite une règle unique.

Nous venons d'étudier successivement en détail les divers textes cités par elle pour justifier sa thèse. Aucun ne nous a paru convaincant ; de leur ensemble on ne saurait davantage tirer l'idée de la condamnation inté-

(5) E.-H. PERREAU : « Technique de la jurisprudence en droit privé », T. 1, p. 260.

(6) Préface de M. GENY dans l'ouvrage de E.-H. PERREAU, T. 1, p. XV.

grale des sociétés entre époux. Juridiquement, la solution jurisprudentielle paraît insoutenable.

Il paraît plus rationnel de penser que nos tribunaux ont certainement recherché l'esprit de la loi. Or, celui-ci impliquait-il la nullité des sociétés entre époux? On ne saurait l'affirmer et il est plus vraisemblable de prétendre que la loi tolérât les sociétés entre époux. Mais la jurisprudence poursuivait un but : estimant que les sociétés entre époux, parce qu'elles n'étaient pas réglementées législativement étaient dangereuses, et ne pouvant opérer cette réglementation, elle a penché pour la nullité. Car, « forcés d'assurer l'observation de la justice, en satisfaisant aux besoins sociaux les plus inférieurs, les juges pèsent avant de statuer le poids respectif des textes et celui des circonstances de fait pour assouplir plus ou moins les premiers, selon que l'exigent les seconds. Pour eux, l'observation des préceptes du Droit n'est pas un but comme elle semble l'être pour les théoriciens : ce n'est que le moyen de faire régner la justice en assurant la commodité des relations sociales » (7).

Mais, si la jurisprudence, en condamnant à la nullité les sociétés entre époux, a usé d'un droit que la pratique et la doctrine lui reconnaissent, il importe de savoir si elle n'est pas allée trop loin. La suite de notre étude fera apparaître avec évidence combien cette sanction est préjudiciable aux intérêts des époux et à ceux des tiers, combien elle est contraire aux exigences sociales. Peut-être soutenable à une époque où les sociétés étaient chose rare, elle ne l'est plus désormais. La jurisprudence se doit d'opérer le revirement nécessaire, la doctrine l'y encourage et lui ouvre largement la voie.

(7) E.-H. PERREAU, ouvrage cité, T. 1, p. 261.

CHAPITRE PREMIER

UNE RÉFORME S'IMPOSE

Telle est la solution que nous croyons pouvoir valablement dégager de l'examen de la thèse jurisprudentielle sur les sociétés entre époux.

Elle s'impose avec une impérieuse nécessité à plusieurs titres.

La nullité des sociétés entre époux n'est pas justifiée dans ses fondements, nous l'avons vu. D'ailleurs, les bases sur lesquelles elle avait fondé sa théorie perdent peu à peu toute leur valeur. Ainsi, l'interdiction des donations entre époux, jadis si sévère, est supprimée aujourd'hui et remplacée par un principe contraire. Les principes sacro-saints d'autorité maritale et d'immutabilité sont fortement attaqués et sont sur le point de disparaître. Une nouvelle organisation sociale et juridique tend à remplacer l'ancienne, la jurisprudence a ici manqué de hardiesse et trop regardé en arrière.

Mais, en outre, la solution prétorienne se trouve être dangereuse à raison même des incertitudes de ses principes et des contradictions de son fonctionnement. En effet :

1^o Après avoir proclamé le principe de la nullité des sociétés entre époux, la jurisprudence fait preuve à leur égard d'une certaine tolérance.

Ainsi, deux époux peuvent valablement être actionnaires d'une société par actions. Le mari peut même être gé-

rant ou administrateur, cependant que la femme est une simple actionnaire.

Il n'y aura pas nullité si dans une société en commandite simple le mari est gérant et la femme commanditaire, si dans une société à responsabilité limitée, la femme est associée et le mari gérant.

2° De même dans certains cas déterminés, à raison de l'intérêt qu'il peut y avoir à conserver les sociétés entre époux, la jurisprudence usant d'une voie détournée, évite de leur appliquer la nullité. Afin de justifier leur survie, elle emploie divers procédés :

Elle recherche, s'il y a bien véritablement société, si tous les éléments constitutifs requis se trouvent réunis... Par exemple les tribunaux déclareront qu'il y a mandat et non pas un lien d'associés entre les époux; ou bien si la société comporte des tiers parmi ses membres ils jugeront que les époux ne forment qu'une seule partie stipulant solidairement au nom de la communauté existant entre eux.

Tantôt, au contraire, les tribunaux conserveront à l'un des époux le rôle prépondérant d'associé qu'il possède dans la société et ne considèreront l'autre que comme un modeste participant ou un simple commis (1).

Enfin, s'il y a communauté, il se peut que les tribunaux admettent que seul le mari, en tant que chef, est véritablement un associé aux tiers (2).

3° En outre, la jurisprudence annule les sociétés entre époux, comme illicites et cependant elle leur concède les effets des nullités relatives grâce à la fiction de société de fait.

(1) Nîmes 18 décemb. 1896. - S. 87-I-384 ; Civ. 24 févr. 1926. - S. 1927-I-101.

(2) Req. 11 mai 1874. - S. 74-I-427.

4° Une telle sanction est immorale en certains cas. Elle peut empêcher une union légitime ou conduire au divorce deux époux qui n'en avaient qu'à moitié envie. Elle est injuste quand d'autres associés sont adjoints aux époux. C'est une nouvelle prime accordée au concubinage et au divorce déjà si favorisés.

Il est en effet fâcheux à tous égards, quand un homme et une femme membres d'une même société viennent à se marier « qu'ils ne puissent continuer à s'occuper ensemble de leurs affaires, dans les mêmes conditions que précédemment s'ils le désirent ». Des inconvénients analogues se rencontrent dans le cas où un beau-père meurt laissant à sa fille les droits sociaux qu'il possédait dans une société où se trouvait son gendre ; celle-ci ne peut rester associée à son mari même s'ils sont d'accord à ce sujet. Il en est de même quand « par suite de dons, legs, ou héritage de frères ou d'oncles par exemple, la femme recueille des droits dans la société dont son mari fait déjà partie » (3).

5° La nullité des sociétés entre époux est aussi essentiellement dangereuse ; la vie d'une société pourra dépendre de la seule volonté de deux époux achetant en Bourse des actions de même nature ; elle pourra, d'autre part, ressentir durement les influences de leur caprice.

D'ailleurs l'intérêt qu'il y aurait actuellement à ce que les époux puissent former entre eux des sociétés se superposant à leur régime matrimonial est tel, qu'il n'est pas nécessaire, pour justifier leur validité, d'invoquer les imperfections théoriques et les inconvénients de fait de la théorie jurisprudentielle.

(3) Rapport de M. DOLBEAU à la société d'études législatives au sujet du projet de loi sur les sociétés entre époux. *Bulletin de la Société d'Etudes législatives*, 1931, p. 225.

Les avantages que présenterait une pareille solution sont en effet considérables et divers; ils augmentent sans cesse en même temps et parallèlement à l'importance prise par les sociétés.

1° De nos jours, les entreprises commerciales et industrielles nécessitent des capitaux de plus en plus considérables. Il est contradictoire que deux époux ne puissent, ainsi que l'implique la notion même de mariage (surtout dans le régime de droit commun) associer tout ce qu'ils possèdent en capitaux comme en aptitudes. A eux seuls, les époux ne peuvent créer une société leur permettant de mettre en valeur et faire fructifier leurs fortunes respectives; le recours à des tiers leur est imposé.

2° Pendant la vie de la société, il est interdit à l'un des époux de faire appel à l'aide financière du second, encore non associé, dans le but de soutenir le crédit nécessaire au succès de toute affaire commerciale. Il serait de même avantageux pour les époux d'avoir la faculté d'augmenter en temps voulu le capital l'une petite société: cela leur permettrait une action à la fois plus énergique et plus étendue.

3° La division du travail a pris désormais une importance considérable: dans les sociétés elle s'impose à raison de l'ampleur et de la diversité de leur activité. Or, chez les associés, les aptitudes sont nécessairement différentes; et parfois la nature et le but même de la société exigent certaines qualités spéciales. Ainsi, lorsqu'il s'agit de toutes les professions qui touchent à la couture, il est important pour le mari d'associer sa femme à ses affaires. On constate d'ailleurs que dans la majorité des cas la jurisprudence a été appelée à se prononcer sur la validité de sociétés entre époux concernant des entreprises de filature ou de tissage.

Certes, le mariage établit entre les époux des liens, qui dans une certaine mesure sont des liens sociaux, mais l'association conjugale ainsi créée ne répond pas aux mêmes exigences.

1^o Le régime matrimonial manque de cette souplesse qui caractérise la société. Les associés fixent leurs statuts comme bon leur semble et ont la faculté de les modifier en temps utile. Rédigés d'une façon souvent très large, ils permettent aux administrateurs et gérants d'agir avec aisance.

Au contraire, le législateur a organisé minutieusement les régimes matrimoniaux. Il leur a imposé le principe d'immutabilité. Pour y échapper, il ne reste aux époux qu'une seule issue, mais combien délicate dans son fonctionnement et fâcheuse dans ses conséquences : le divorce. On a pu parler de la création d'une nouvelle cause de divorce : le divorce pour raisons pécuniaires (4).

2^o La société est pourvue de la personnalité morale, qualité fondamentale en la matière, qui fait défaut à l'association conjugale. La jurisprudence la reconnaît parfois partiellement à la communauté légale pour les besoins de la cause.

3^o Quel qu'il soit, le régime matrimonial se caractérise par la complexité de l'organisation des patrimoines ; au contraire, dans la société, il y a unité du fonds social.

4^o Les associés sont libres de désigner celui d'entre eux qui leur paraîtra le plus capable, pour administrer avantageusement les affaires sociales, ils ont la faculté de le changer si les faits ont démontré son incompétence ou sa malhonnêteté. Dans le mariage, la loi impose, *a priori*, et de la façon la plus absolue, la suprématie du mari en toutes choses.

(4) V. Henri LALOU, article cité dans le *Dallôz Hebd.*, 1930.

Sous l'angle particulier de chaque régime matrimonial l'intérêt de la validité des sociétés entre époux apparaît aussi avec la même évidence.

1° A première vue, il semble assez faible sous le régime de communauté, car les bénéfices de l'exploitation, en tombant dans la masse commune, profitent aux deux époux, qu'il y ait ou non société. Cependant, des différences importantes se rencontrent au point de vue de la composition des patrimoines, de leur administration et de leur partage. D'ailleurs, le crédit du ménage se trouverait sérieusement accru du fait de l'intervention personnelle et de la participation financière de la femme mariée.

2° Sous les régimes de séparation de biens et de dotailité les avantages sont encore plus appréciables. La société corrigera ce que ces régimes ont de trop exclusif. Elle permettra aux époux de constituer ou reconstituer, si elle a été dissoute, cette communauté d'intérêts qui leur fait défaut. Il leur sera loisible de mettre en commun leurs qualités, leur activité et leurs ressources respectives et d'en profiter tous deux en même temps que d'offrir aux créanciers une garantie désormais étendue à deux patrimoines.

Ainsi se trouve abondamment justifiée cette réforme que la majorité de la doctrine souhaite. Son exécution se trouve d'ailleurs facilitée du fait que, au point de vue légal rien n'existe encore en la matière, comme en ce qui concerne la nullité des sociétés en général, et que les auteurs ont étudié soigneusement la question et présenté des projets arrêtés.

La voie est ouverte au législateur par ceux-là même qui construisirent le Code civil: « Nous nous sommes préservés, disait PORTALIS, de la dangereuse ambition de vouloir tout régler et tout prévoir... Les besoins de la société sont

si variées, la communication des hommes est si active, leurs intérêts si multipliés, leurs rapports si étendus, qu'il est impossible au législateur de pourvoir à tout...

D'ailleurs, comment enchaîner l'action du temps ? Comment s'opposer au cours des événements et à la pente insensible des mœurs ? Comment connaître et calculer d'avance ce que l'expérience seule peut nous révéler... » (5).

(5) Paroles de PORTALIS citées par M BALLOT-BEAUPRÉ dans son « Discours sur le centenaire du Code civil ».

CHAPITRE II

QUELQUES OPINIONS DE LA DOCTRINE

Pour les diverses raisons que nous venons d'exposer, nombreux sont les auteurs qui s'élèvent contre la nullité des sociétés entre époux.

Certes, celle-ci leur paraîtrait plus acceptable si le Code l'avait prévue expressément et réglementée avec précision. Mais ils sont d'accord pour critiquer fortement l'étendue que la jurisprudence lui a donnée : elle atteint, en effet, toutes les sociétés entre époux, qu'elles soient civiles ou commerciales, antérieures, concomitantes ou postérieures au mariage, formées entre époux seulement ou avec adjonction de tiers, quel que soit le régime matrimonial adopté.

Mais certains auteurs ne se sont pas bornés à cette œuvre purement négative. Après avoir critiqué le système jurisprudentiel, ils ont adopté une double attitude : tantôt ils se sont efforcés de justifier la validité de certaines catégories de sociétés entre époux dans le cadre des arguments de la jurisprudence, tantôt partisans d'une réforme totale, ils ont posé certaines idées directrices tendant à la création d'un projet qui admettrait les sociétés entre époux plus ou moins largement.

Ainsi, à propos d'un arrêt de la Cour de Paris du 14 avril

1856 (1), M. DELSOL se prononçait déjà contre la nullité. Il soutenait, qu'à son avis, une femme, même commune, pouvait former avec son mari une société en nom collectif. Dans ce but, il démontrait « qu'au point de vue du droit commercial, la femme peut entrer dans une telle société et recevoir des pouvoirs égaux aux siens ; que le conflit d'intérêts qui résulte d'une telle société ne présente pas plus de dangers que le conflit d'intérêts résultant de la communauté;... que communauté et société en nom collectif ne sont pas incompatibles... » (2). Mais l'évolution de la jurisprudence s'est produite dans un sens contraire à celui qu'il espérait.

Selon M. HOUPIN (3), il faut distinguer entre les sociétés entre époux, suivant qu'elles ont été le fait d'un accord de volonté entre ceux-ci, ou le résultat de la cession, de l'échange ou de la dévolution héréditaire des droits sociaux à celui des époux qui n'était pas encore dans la société. Dans ce dernier cas, on ne saurait, en effet, leur attacher aucun soupçon de fraude. Mais cette thèse a été très nettement infirmée par la jurisprudence : un jugement du tribunal d'Arras avait validé une société qui, comprenant à l'origine trois associés s'était trouvée finalement formée par les deux époux seulement à suite de dévolution héréditaire du patrimoine d'un associé au mari de celle-ci. Ce jugement fut cassé par un arrêt de la Cour de Cassation en date du 24 février 1913 (4).

Une telle solution nous paraît très critiquable. En effet, la société avait prévu dans ses statuts qu'elle se continuerait même après le décès d'un associé. Il est regrettable

(1) Un jugement du tribunal civil d'Amiens du 3 avril 1851 était en faveur de la validité; la Cour de Cassation, le 9 août 1851, se prononçait pour la nullité

(2) DELSOL: « Traité de Droit civil français », t. 1, p. 433.

(3) V. *Journal des Sociétés*, 1894, p. 81.

(4) Civ. 24 février 1913. - D. 1913-I-141.

que ceux-ci doivent désormais cesser de recevoir leurs effets parce que deux époux viennent à être intéressés dans la même société. D'ailleurs dans une autre situation présentant de grandes analogies, il est admis qu'une société commerciale peut continuer avec des mineurs, si les statuts contenaient une clause de continuation de la société en cas de décès d'un associé. Le principe d'après lequel un mineur ne doit pas voir ses biens engagés dans le commerce cède devant les conventions émanant de son auteur. Mais, comme le fait remarquer M. HÉMARD (5), il ne s'agit ici que d'une nullité relative, non d'une nullité d'ordre public.

M. BOUVIER-BANGILLON estime que le législateur a pensé aux sociétés entre époux. Il paraît même admettre leur validité dans certains cas, à l'encontre de la jurisprudence. « Est-il bien exact de dire, remarque-t-il, que le législateur ne traite pas du contrat de société entre époux ? Il nous paraît qu'il s'en est précisément occupé dans les articles 1387 et suivants du Code Civil... Il résulte même de ces textes, et notamment de l'article 1394, que le contrat de société est permis par mariage entre époux mais qu'il est impossible entre futurs époux. La communauté n'est-elle pas au surplus sous un autre nom, une société avec des caractères exorbitants du droit commun ?... » (6).

Mais nous avons vu que la jurisprudence n'établissait nullement une telle distinction dans l'application de la nullité et qu'en aucune hypothèse le régime matrimonial ne pouvait être assimilé au contrat de société.

Plus récemment, d'autres auteurs ont considéré différemment le problème des sociétés entre époux. Leurs solutions restent toujours, cependant, établies en fonction des arguments invoqués par la jurisprudence ; elles reposent

(5) HÉMARD, ouvrage cité, p. 114.

(6) Note BOUVIER-BANGILLON, sous Cass., 23 janvier 1912.

sur le principe que les articles déjà étudiés ne doivent à aucun titre être violés. Mais ils se sont préoccupés de découvrir des hypothèses où aucune atteinte n'y serait portée, de poser des règles qui, si elles étaient respectées, permettraient de constituer des sociétés entre époux valables.

Divers projets s'écartent donc des deux extrêmes : nullité totale ou validité entière des sociétés entre époux, cependant une tendance très nette se dessine en ce dernier sens.

Une contribution intéressante en la matière est apportée par la thèse de M. PIC (7). D'après cet auteur, les sociétés entre époux sont nulles, en principe ; cependant, quand elles remplissent certaines conditions restrictives, elles devraient être considérées comme valables. Ces conditions sont les suivantes :

1° « Les statuts sociaux ne doivent pas intervertir les rôles et conférer à la femme, soit un pouvoir de direction inconciliable avec la puissance maritale, soit même des droits de coadministration ou de contrôle contraires aux droits du mari comme chef de la communauté.

2° La société pouvant toujours dissimuler une donation, chacun des époux doit être autorisé à tout instant à faire cesser la société, quelle que soit la durée prévue aux statuts.

3° La société ne devra pas englober une fraction trop considérable de biens qui, d'après le régime adopté, devraient être administrés séparément. Il appartiendra aux tribunaux de se prononcer en fait sur la question et d'apprécier, si la soi-disant société contractée entre époux n'équivaudrait point à une adoption du régime de com-

(7) Répertoire pratique Dalloz, au mot « société », p. 80.

munauté postérieure à la célébration du mariage, ce que la loi interdit formellement ».

On peut d'abord reprocher à ce projet son manque de précision. Il ne détermine point les sociétés qui sont permises et celles qui ne le sont pas : peut-être aurait-il pu, dans ce but, recourir aux distinctions classiques entre sociétés civiles et sociétés commerciales, ou entre sociétés commerciales ou suivant les régimes matrimoniaux des époux...

Il manque en outre de hardiesse : en refusant à la femme mariée tout pouvoir de direction et de coadministration ainsi que la faculté d'un contrôle, il s'harmonise parfaitement avec la jurisprudence actuelle. Il est permis, en effet, aux époux d'être actionnaires ou commanditaires au sein d'une même société, au mari d'être gérant si toutefois sa femme n'est que simple associée.. mais rien au delà (la possibilité d'une cogérance par les deux époux reste fort discutée). Le projet pose, enfin, le principe de la fraude aux règles sur les donations entre époux. Certes, les sociétés peuvent dissimuler une donation, mais cela n'est nullement certain : en particulier, ce risque tend à disparaître dès qu'il y a adjonction de tiers. En effet, l'opération devient d'une envergure trop considérable pour qu'un tel but soit recherché, une vérification sévère des apports par les autres membres intervient qui rend la possibilité d'une donation déguisée très problématique. La même rigueur présidera au partage des bénéfices et à la liquidation du passif.

Mais la disposition qui prétend sauvegarder le principe de la révocabilité des donations entre époux présente de sérieux inconvénients : quel crédit accorder à une société qui risque de disparaître à tout instant de par la seule volonté de l'un des associés ?

Dans son troisième article, le projet vise à assurer le respect de l'immutabilité des conventions matrimoniales.

Il se réfère surtout aux régimes séparatistes (régimes de séparation de biens, de dotalité ou sans communauté). Mais le point de savoir « si la soi-disant société contractée entre époux n'équivaut point à une adoption du régime de communauté » est une pure question de fait, livrée dès lors à l'arbitraire des tribunaux.

D'autre part, l'énoncé de cette condition semble impliquer que les époux mariés sous communauté pourront constituer une société conforme au principe d'immutabilité. Or, il n'en est rien. Car, le capital social formé des biens communs ou des biens propres à chaque époux est susceptible de varier ; avec lui, varieront les bénéfices qui, eux, tombent en communauté. Mais les pertes, s'il y en a, affectent chacun des époux personnellement. En cas de faillite de la société, les créanciers sociaux viendront concourir avec les créanciers personnels des époux, donc la femme mariée, contrairement à l'article 1431 du Code Civil, qui est formel cependant, sera tenue au même titre que son mari (8).

En résumé, ce projet n'ajoute rien à la jurisprudence actuelle, au contraire celui présenté par M. HÉMARD réalise un important progrès dans le sens de la validité des sociétés entre époux.

« Les époux, écrit-il, ne sont pas à raison de cette seule qualité d'époux incapables de former entre eux une société. La société entre époux est valable en principe, on ne la déclarera nulle que quand les époux auront voulu atteindre un but illégal, quand elle révélera une fraude à la loi. Elle sera nulle :

1° Lorsque les époux auront entendu déroger à leurs

(8) L'art. 1431 décide que « la femme qui s'oblige solidairement avec son mari pour les affaires de la communauté ou du mari » doit être réputée à son égard ne s'être obligée que comme caution. Elle doit donc être indemnisée de l'obligation qu'elle a contractée.

conventions matrimoniales et n'auront employé la forme d'une société que pour modifier les effets de leur contrat de mariage, en violation de l'art. 1395 du C.C.

2° Lorsque dans la société ils auront attribué à la femme une indépendance contraire aux droits du mari comme chef... Il appartient aux juges de déjouer ces fraudes que la société ne comprenne que les époux ou qu'elle s'étende à des tiers » (9). Cette thèse a le mérite de poser avec netteté et avant toute discussion le principe de la validité des sociétés entre époux. Seules, seront nulles les sociétés qui ne rempliront pas certaines conditions déterminées. M. HÉMARD aboutit à une telle conclusion à la suite d'une vive critique des arguments jurisprudentiels, il estime qu'on leur a accordé une portée excessive. Du fait que les sociétés entre époux sont valables, il appartiendra à ceux qui auront intérêt à invoquer leur nullité de démontrer, non plus seulement que les membres d'une société comptent deux époux parmi eux, mais de fournir la preuve que, par le moyen de cette société, ils ont porté atteinte aux articles étudiés ci-dessus. Une telle preuve sera malaisée à établir : nous en avons un exemple en ce qui concerne les donations déguisées.

Donc, malgré des dispositions très restrictives qui en abrègent l'étendue, la thèse de M. HÉMARD ne manque pas de hardiesse.

Mais toutes les opinions ci-dessus énoncées ne sont que la manifestation positive d'un mouvement en faveur de la validité des sociétés entre époux. Il appartenait à un groupement important comme la Société d'Etudes législatives, qui compte dans son sein les juristes les plus éminents, de se saisir de la question, de construire un projet de loi dont le Parlement serait saisi. Elle n'a point manqué de le faire.

(9) HÉMARD, ouvrage cité, p. 120.

CHAPITRE III

ETUDE DU PROJET DE LA SOCIÉTÉ D'ETUDES LÉGISLATIVES

Il poursuit deux objets principaux :

1^o Remédier à l'incertitude de la jurisprudence, intégrer dans la loi une réglementation sur les sociétés entre époux ;

2^o Satisfaire, ce faisant, à la nécessité d'accroître les possibilités des époux en matière de sociétés.

L'incertitude de l'arbitraire jurisprudentiel est considérable et très dangereuse en notre matière. Elle se manifeste à de nombreux points de vue :

1^o D'abord en ce qui concerne les bases du système jurisprudentiel ;

2^o La portée de la nullité n'est fixée en aucune manière ; certains types de sociétés seulement ont été soumis aux tribunaux. Ils ont été amenés à statuer surtout sur les sociétés en nom collectif, les sociétés universelles de gains, les associations en participation. Il n'y a que peu d'arrêts ou même point du tout sur les autres genres de sociétés.

3° La sanction de la jurisprudence est d'autre part très diverse : tantôt grâce à certaines fictions elle valide certaines sociétés, tantôt elle les annule.

4° Incertitude aussi quant aux règles de liquidation : s'opèrera-t-elle d'après le droit commun, c'est-à-dire d'après l'art. 1853 du C. Civil ou suivant les statuts du pacte social?...

Il convenait de remédier à un tel état de choses en déterminant une intervention de la loi, compte tenu de la nécessité d'accorder aux époux une plus grande facilité pour former une société ou y entrer.

A bon droit, le projet de la Société d'Etudes législatives peut être considéré comme remplissant le premier but poursuivi. Mais, au sujet de l'extension apportée par lui au pouvoir des époux à l'égard des sociétés nous ferons d'importantes réserves.

Ainsi peut-on dire que c'est au fond un projet de loi sur la nullité des sociétés entre époux plutôt qu'un projet de loi sur les sociétés entre époux.

La commission spéciale, nommée par la Société d'Etudes législatives pour procéder au règlement de la question des sociétés entre époux avait certes voulu, cependant, faire un projet complet et conforme aux exigences sociales. Dans les cinq articles du texte elle a envisagé successivement ce qui doit être défendu aux époux, les sanctions de cette interdiction et le mode de liquidation de la situation ainsi créée. Elle a même prévu des procédés de transition entre le régime actuel des sociétés entre époux et celui qu'elle préconise. Il n'en reste pas moins vrai que le projet aboutit surtout à construire une réglementation précise de leur nullité. A ce titre, son étude peut être divisée en trois parties :

1° Etude des dispositions inspirées par le souci de la protection des intérêts des époux ;

2° Etude des dispositions destinées à la protection des tiers ;

3° Sanction des infractions à ces règles.

TEXTE DU PROJET DE LOI DE LA SOCIÉTÉ D'ÉTUDES LEGISLATIVES

ART. PREMIER. — Deux époux ne peuvent être nommés cogérants dans une même société en nom collectif, en commandite simple ou par actions ou dans une association en participation, à peine de nullité de la société.

ART. 2. — La nullité est prononcée à la requête de tout intéressé, mais elle n'est pas opposable aux tiers par les associés.

Elle entraîne pour le mari et la femme leur responsabilité solidaire et indéfinie du passif afférent à la période de leur cogérance, et les rend solidairement responsables envers leurs associés et les tiers, du dommage particulier qui peut en résulter pour eux.

Lorsque la nullité est prononcée, la liquidation du fonds social s'opère dans les termes des articles 1853 et suivants du Code civil.

Par le fait même de la cessation de la cogérance du mari et de la femme, l'exercice de l'action en nullité deviendra impossible.

ART. 3. — Le mariage en cours de vie sociale de deux associés gérants d'une société en nom collectif ou en commandite ou d'une association en participation emporte dissolution de celle-ci, laquelle prendra effet six mois après la célébration dudit mariage. Il n'en sera autrement que si l'un des associés mariés se retire de la société au cours de ce délai.

Toutefois, si la société est en commandite, l'un des

époux pourra conserver sa part sociale en cessant seulement d'être gérant.

En cas de dissolution, la liquidation s'opère conformément aux dispositions du pacte social.

ART. 4. — Si la société dans laquelle deux époux sont associés, contrairement aux dispositions des articles 1 et 4 de la présente loi est déclarée en faillite, le tribunal compétent devra prononcer contre eux les peines de la banqueroute simple.

ART. 5. — A partir de la promulgation de la présente loi, aucune action en nullité basée sur la présence de deux époux parmi les associés ne pourra être intentée que contre les sociétés énumérées à l'article premier.

Les sociétés qui auraient été constituées contrairement à cet article ou celles dans lesquelles deux cogérants auraient contracté mariage, auront six mois pour se conformer aux dispositions qui précèdent.

Pendant ce délai, et à l'occasion de ces sociétés, aucune action en nullité ne pourra être intentée » (1).

La question de savoir quelle serait la nature juridique de la loi à laquelle ce projet pourrait donner naissance, serait susceptible de se poser du fait de son application. Est-ce une loi d'incapacité relative au statut personnel des époux ou une loi relative au régime des sociétés ?

L'intérêt du problème consiste en ce que, s'il s'agit d'une loi d'incapacité, elle ne s'appliquerait pas à des époux étrangers mariés sous un régime étranger ; dans la seconde hypothèse, elle s'appliquerait de manière générale et indistinctement.

L'idée générale en vertu de laquelle ce projet vise surtout à la protection des intérêts des époux inclinerait à penser qu'il s'agit ici d'une loi d'incapacité. Mais cette pro-

(1) Projet proposé par la Commission de la Société d'études législatives et contenu dans le Bulletin de la dite société, 1930, p. 186.

tection est obtenue par l'annulation de toute société entre époux et l'article 2 § 1, déclare qu' « elle n'est pas opposable aux tiers par les intéressés ». On est donc fondé à croire qu'il s'agit d'une loi relative au régime des sociétés, donc s'appliquant à tous époux.

§ 1. ETUDE DES DISPOSITIONS INSPIREES PAR LE SOUCI DE LA PROTECTION DES INTERETS DES EPOUX

Dans le projet, la protection des intérêts des époux occupe une très large place. Les biens de chacun d'eux, en effet, forment un patrimoine particulier, qui, à raison de son affectation spéciale, doit être soigneusement sauvegardé, même contre les entreprises des époux. La Commission a estimé, aussi, qu'il fallait éviter, dans toute la mesure du possible, les oppositions d'intérêts susceptibles de troubler la paix du ménage et de ruiner l'association conjugale, ainsi que les conflits d'attribution (nécessité d'une autorité unique dans la famille).

Deux articles du projet répondent à ces diverses préoccupations : L'article premier règle la situation des personnes, déjà mariées, qui doivent former entre elles une société ou entrer dans une société déjà constituée ; l'article 2 celle des personnes déjà membres d'une même société qui contractent mariage.

Dans un article 3, enfin, la Commission s'est préoccupée de prévoir et d'organiser une solution de continuité entre le régime actuel des sociétés entre époux et celui instauré par l'application du projet devenu loi.

ARTICLE PREMIER

Il détermine ce qui est interdit aux époux. Optant pour une distinction entre les diverses sociétés commerciales,

parmi les nombreux procédés possibles (2), la Commission énumère celles qui sont prohibées entre époux. Ce sont : les sociétés en nom collectif, les sociétés en commandite simple ou par actions, les associations en participation. Ces trois types de sociétés forment la catégorie spéciale des sociétés de personnes ; un grand crédit s'attache à elles mais elles présentent pour leurs membres l'inconvénient d'entraîner leur responsabilité indéfinie. Elles sont donc susceptibles de porter une grave atteinte aux intérêts des époux.

Remarquons que, de ce fait, le projet de la Société d'études législatives a le mérite d'être en harmonie parfaite avec la jurisprudence actuelle. La majorité des arrêts, en effet, qui prononcent la nullité des sociétés entre époux, pour ne pas dire la quasi-unanimité, se rapportent à ces trois types de sociétés.

Mais elles ne sont pas interdites aux époux de façon absolue ; une certaine capacité est réservée à ces derniers : ils peuvent valablement être membres associés, mais non cogérants.

Avant toutes choses, nous croyons devoir adresser à cet article deux critiques importantes : l'une visant sa rédaction générale, l'autre se rapportant à l'emploi du mot « cogérant ».

1^o Sa rédaction manque de netteté. La discussion qui a suivi l'exposé du rapport, a mis particulièrement en lumière les difficultés que son interprétation pouvait faire surgir. Sans que rien dut être changé à la position prise par elle, mais se plaçant à un point de vue plus élevé, la Com-

(2) Les autres méthodes n'auraient peut-être pas, d'ailleurs, offert les mêmes avantages de netteté et de simplicité; ainsi une distinction qui aurait eu pour base les divers régimes matrimoniaux dont l'étude est déjà si complexe

mission aurait pu régler de façon plus large la question des sociétés entre époux. Il est regrettable que la validité de celles-ci n'ait pas été érigée en principe formel et général, quitte à la restreindre ensuite dans la mesure jugée nécessaire, par des exceptions expressément prévues. Ainsi, dès le début, le progrès réalisé et les tendances de la doctrine se seraient dégagées, cependant qu'une ligne de conduite très nette aurait été imposée à la jurisprudence.

Par exemple, l'article premier aurait pu s'exprimer en ce sens :

« Toute société entre époux est permise, mais deux époux ne pourront être nommés cogérants dans une société en nom collectif, en commandite simple ou par actions, ni dans une association en participation, à peine de nullité ».

Au contraire, il faut raisonner par a contrario et avoir recours au principe suivant lequel, en droit, commercial surtout, tout ce qui n'est pas défendu est permis, pour déduire que toutes les sociétés non mentionnées dans cet article, sont licites entre époux. Cette opinion, d'ailleurs, est justifiée par les déclarations du rapporteur : « Nous interdisons tout ce qui est dit dans les trois lignes de l'article premier, tout ce qui n'y est pas spécifié est permis » (3).

2° La deuxième critique est beaucoup plus grave, elle est relative au sens particulier du mot « cogérant ». Des explications ont été nécessaires, elles ont abouti à souligner l'ambiguïté de ce terme (4) et l'imprécision du texte de l'article premier. Or, c'est le sens qu'il faut attribuer au mot « cogérant », qui détermine toute la portée de cet article. En le recherchant, nous procéderons simultanément à l'étude du projet.

(3) et (4) *Bulletin de la Société d'Etudes législatives*, 1931, p. 230.

A) Pris dans son sens littéral, le terme de cogérance exprime la situation de deux personnes qui, non seulement font partie d'une même société mais encore président toutes deux à son administration. Ce pouvoir d'administrer, elles l'exercent côte à côte et en même temps.

Ainsi considéré, l'article tendrait à permettre aux époux d'occuper valablement dans les sociétés qu'il désigne expressément toutes les situations autres que la cogérance. La capacité des époux se trouverait considérablement accrue : l'un des époux pourrait légalement, par exemple, être gérant si l'autre n'était qu'un associé. Nous remarquerons d'ailleurs, que cette possibilité ne présenterait qu'un faible intérêt dans le cadre particulier des sociétés en nom collectif. Il est rare, en effet, dans la pratique, de trouver un associé qui veuille rester à la merci de la gestion des autres, à raison de la responsabilité indéfinie des dettes sociales qui, dans ces sociétés, s'attache à la qualité de membre. Ce serait une situation par trop défavorable.

Dans les sociétés en commandite l'un des époux pourrait valablement être commandité et encore plus commanditaire, cependant que l'autre serait gérant.

Dans les associations en participation tous les associés contribuent à la gestion des affaires sociales, ou, si un gérant apparaît, ce n'est que pour un cas déterminé. De grandes possibilités seraient donc réservées aux époux.

B) Mais dans l'esprit du projet l'interprétation qu'il faut donner au mot « cogérant » est toute différente : « Pour ne pas aller trop à l'encontre des deux principes que j'ai rappelés (autorité maritale et immutabilité), et que beaucoup invoquent à l'encontre d'un régime nouveau de liberté plus grande, déclare M. DOLBEAU (5), nous avons

(5) *Bulletin de la Société*, 1931, p. 231. — L'idée principale, l'idée directrice du projet, à savoir la protection à outrance des intérêts des époux, apparaît ici dans toute sa force.

limité l'interdiction pour le mari et la femme d'être associés aux cas, où, par le fait qu'ils sont associés, ils doivent supporter le poids d'une responsabilité indéfinie... ; nous ne voulons pas, ajoute-t-il, qu'un mari et une femme puissent être côte à côte..., responsables indéfiniment du passif social ».

Désormais le progrès réalisé par le projet en faveur des sociétés entre époux apparaît comme devant être très mince. En effet, que devient la capacité des époux ?

De façon certaine, la cogérance leur est interdite. Mais leur sera-t-il permis de former entre eux une société où l'un d'eux aura la gestion des affaires sociales, pendant que l'autre ne sera qu'un simple associé (6), ou d'entrer à ce titre dans une société déjà constituée ? Pourront-ils, au moins, y être tous deux membres associés ?

Pour l'examen de ces deux questions il paraît nécessaire d'opérer une distinction entre les trois types de sociétés commerciales mentionnés dans l'article premier, car ils ne présentent pas les mêmes caractères :

1° Si tel est le sens du mot « cogérance » les époux n'auront pas la capacité de former entre eux ou avec des tiers une société en nom collectif où l'un d'eux aurait les pouvoirs de gérant et l'autre la simple qualité d'associé. La responsabilité indéfinie, en effet, qui est un des caractères principaux de ces sociétés, s'attache non point au fait de la gestion mais au fait d'être membre associé. Tous les associés en nom collectif, quels qu'ils soient, s'obligent non seulement jusqu'à concurrence de leur apport, mais encore sur tous leurs biens : ils sont responsables indéfiniment des dettes sociales.

Pour cette même raison, également, ils ne pourront pas

(6) Ainsi l'avaient entendu les membres de l'assemblée. M. POTTIER s'exprimait ainsi : « ... d'après l'article premier, la femme peut être gérante de cette société si elle n'est pas cogérante avec son mari. »

d'avantage, dans l'esprit du projet, faire partie à titre d'associés ordinaires de la même société en nom collectif.

2° En ce qui concerne les sociétés en commandite simple ou par actions, la situation est différente. D'après l'interprétation ci-dessus, il est interdit aux époux d'être, l'un gérant, l'autre commandité, ceux-ci étant toujours tenus indéfiniment du passif social ; de même, d'être tous deux des commandités quand bien même ils ne participeraient aucunement à la gérance.

En revanche, l'un des époux pourrait avoir la qualité de commanditaire, le second celle de gérant ; pareillement leur présence à titre de commanditaires dans la même société n'entraînerait pas la nullité de celle-ci.

3° Mais y a-t-il place pour une cogérance dans les associations en participation ? La chose se conçoit très bien en droit, mais dans la pratique on ne la rencontre pas, ou très rarement.

Elles ont pour caractère spécifique d'être très occultes : leur fonctionnement ne se révèle pas. De plus, la gestion des intérêts sociaux est répartie entre tous les membres : il est convenu qu'ils agiront en commun ou que l'un d'eux agira au nom de tous mais celui-ci n'aura point les attributs d'un gérant. L'association en participation n'ayant pas de qualité morale quand l'un des sociétaires contracte dans l'intérêt commun, il ne le fait qu'en son nom personnel. Pour que la responsabilité de deux ou plusieurs d'entre eux soit engagée, il faut donc qu'ils soient intervenus conjointement au contrat.

Les époux pourraient ainsi valablement, peut-être, entrer dans une telle société, l'action de l'un n'obligeant pas l'autre.

C) Mais, à son tour, le Président de la Commission, M. PERCEROU, soutient une autre opinion. Il se montre sur-

tout préoccupé de la protection des intérêts de la femme. Son système est plus extensif :

« Les époux, à l'avenir, dit-il, pourront nouer entre eux tous les liens sociaux, sauf cette exception que la femme ne pourra être associée indéfiniment responsable d'une société dont le mari a la gestion ».

A l'inverse de la précédente, une telle conception n'aboutit pas à interdire absolument aux époux toute société en nom collectif ; elle leur concède une certaine capacité : sera permise entre époux une telle société, quelle que soit la situation de la femme, à condition que le mari ne soit pas gérant mais simple associé. La femme pourra valablement être gérante : elle sera, certes, responsable indéfiniment des dettes sociales, mais si sa responsabilité doit intervenir elle ne pourra s'en prendre qu'à elle-même (7). En pareil cas, elle ne jouera qu'un rôle purement passif, son activité se bornant à l'apport de ses capitaux, de son travail ou de ses connaissances et à sa contribution possible aux dettes communes. Mais que devient alors l'autorité maritale qui n'a cependant pas disparue complètement de nos lois ?

D'après la même opinion, la société en nom collectif entre époux serait valable dans bien d'autres hypothèses : ainsi deux époux décident de former une société mais répuugnent à s'adjoindre des tiers, craignant que ceux-ci ne viennent à prendre la haute main sur son administration. Ils n'organisent entre eux aucune gérance. En droit, une telle situation est très possible, mais à notre point de vue particulier quelle attitude adopter ? Chacun des associés a le droit de gérer les affaires de la société, mais l'autre a

(7) Toutefois, si les deux époux sont mariés sous le régime de communauté, la femme étant indéfiniment responsable, le mari doit l'être aussi. En effet, par l'autorisation qu'il a nécessairement donnée, les trois patrimoines sont engagés de manière illimitée. Et alors, on retombe sous la seconde interprétation du mot « cogérant ».

celui de s'y opposer. Il semble, dès lors, que l'intérêt de la femme serait suffisamment protégé, puisqu'elle pourrait contrecarrer l'action de son mari si celui-ci voulait accomplir un acte susceptible de lui être préjudiciable (8).

Mais, dans ce cas les époux pourraient aussi avoir fait appel au concours d'un tiers pour exercer le rôle de gérant. Celui-ci est alors un simple mandataire, il doit s'assurer, pour agir, de l'assentiment des associés sous peine d'être révoqué. En fait, la situation est la même que précédemment.

En dehors des cas ci-dessus mentionnés, pour qu'une société en nom collectif puisse valablement fonctionner entre eux, les époux devront obtenir le concours de plusieurs tiers. A ceux-ci sera conféré le rôle de gérant. Mais alors, les époux se trouveront dans une position très dangereuse : n'ayant aucun droit sur la gestion, ils sont cependant responsables indéfiniment. Le patrimoine du mari et celui de la femme sont également menacés. On peut redouter, d'autre part, que le mari n'exerce une influence prépondérante en faisant désigner comme gérant un homme à sa dévotion.

Néanmoins, la femme peut participer à la gérance, c'est le mari désormais qui est frappé d'incapacité. Il est étrange, à ce sujet, de constater combien dans les réformes successivement proposées relativement au mariage la situation du mari est rendue désavantageuse (9). Le mouvement social représenté par le féminisme tend à faire accorder à la femme dans le mariage la plus grande indépendance et la plus large capacité en conservant les avantages dont le souci de sa protection l'avait fait doter au cours des siècles passés.

(8) Mais, n'est-ce pas là la cogérance *stricto sensu*?

(9) C'est ce que WILPEDO PARETO définissait ainsi : « Les demandes d'égalité cachent toujours des demandes de privilèges ».

Dès droits analogues sont conférés aux époux en ce qui concerne les sociétés en commandite. Celles-ci seront valables entre les époux tant que le mari ne sera que commandité ou commanditaire, elles seront nulles dès que les pouvoirs de gérant lui auront été accordés. Il semble cependant, qu'en pareil cas le mari pourra valablement être gérant, si la femme est simplement commanditaire, la responsabilité de cette dernière étant alors limitée aux apports qu'elle a effectués.

Moyennant les mêmes réserves, des associations en participation pourront légitimement fonctionner, qu'ils en soient les seuls membres ou que des tiers en fassent partie.

Mais là ne se borne pas la réforme dont M. PERCEROU souhaiterait la réalisation. Son idée peut se cristalliser dans l'espèce que voici (10) : L'un des époux fait déjà partie, à un titre quelconque, d'une société en nom collectif. Grâce à un legs qui lui échoit, le second se trouve avoir une part dans la même société. La société entre époux qui en résulte ne doit point être frappée de nullité. D'après M. PERCEROU, elle devra, automatiquement, être transformée en une société en commandite. Dans la nouvelle société la femme sera associée commanditaire et, de ce fait, toute responsabilité excessive des dettes sociales à sa charge est évitée.

Une telle solution n'est pas sans quelque ressemblance avec la situation privilégiée que le Code italien réserve aux mineurs, en la même matière. Mais elle présenterait le grave inconvénient de porter atteinte à un contrat auquel très souvent des tiers auront participé pour le remplacer par un autre dont l'intérêt peut être moindre. Ceux-ci sont, ainsi, mis dans l'obligation d'accepter la transformation de la société dont ils sont membres ou de se retirer

(10) *Bulletin de la Société d'Etudes législatives*, 1931, p. 233 et 235.

de cette société. La protection des intérêts de la femme doit-elle primer celle des autres associés ?

ARTICLE 3

Cette disposition tend à fixer le statut juridique des personnes déjà membres d'une même société qui viennent à s'unir par mariage.

Répondant aux mêmes préoccupations elle vise les mêmes sociétés que l'article premier, à savoir : les sociétés en nom collectif, les sociétés en commandite et les associations en participation.

Le projet opère une telle distinction à juste titre. Une partie de la doctrine admet, en effet, la validité des sociétés entre époux quand elles sont le résultat, non de leur seule volonté, mais d'événements fortuits. Or, le sentiment qui entraîne le mariage de deux associés est purement spontané. En outre, ce que les futurs époux ont eu pour but, c'est le mariage. Le contrat de société, qui les lie, n'apparaît qu'en arrière-plan.

Nous pouvons renouveler à l'encontre de l'article 3 les critiques déjà formulées précédemment. Les auteurs du projet ont voulu éviter encore le risque d'une responsabilité indéfinie des deux époux. Les sociétés ci-dessus mentionnées, au sein desquelles « deux associés gérants » viendront à contracter mariage devront être dissoutes. Il s'agit toujours donc de la « cogérance ».

Mais, du fait de cet article, de nouvelles incertitudes apparaissent.

La dissolution, en effet, ne jouera pas, si l'un des associés gérants consent, après le mariage, à se retirer de la société. En conséquence, toute société est interdite entre les époux qui se sont mariés dans ces conditions. D'après l'article premier, il suffisait pour que la société fut valable, que les deux époux ne soient pas cogérants ; désor-

mais, cette exigence est considérée comme insuffisante : l'un d'eux devra purement et simplement se retirer de la société. Nous n'apercevons pas la raison de cette différence et de cette défaveur.

Au contraire, cette catégorie de sociétés entre époux paraissait devoir bénéficier de plus d'indulgence, car elles ne portent atteinte au principe d'immutabilité que de manière indirecte. En effet, le statut matrimonial a été établi sur une situation déjà acquise et élaboré en fonction du contrat de société que les futurs consentaient à laisser subsister.

En outre, le projet réglemente les sociétés en commandite dans un paragraphe spécial et les fait bénéficier d'un régime particulier. Dans ce cas, pour que la dissolution ne se produise pas, il suffira que l'un des associés abandonne la gérance des affaires sociales : l'un d'eux pourra valablement occuper les fonctions de gérant, le second jouer le rôle de commanditaire et même d'associé commandité. « Si la société est en commandite, décide en effet le projet, l'un des époux pourra conserver sa part sociale en cessant seulement d'être gérant ». Or, si l'un est gérant et l'autre commandité, la protection dont le projet a voulu les faire bénéficier ne pourra s'appliquer et ils pourront se trouver tous deux indéfiniment responsables des dettes sociales !

L'article 3 ne répétant pas la même disposition en ce qui concerne les sociétés en nom collectif et les associations en participation, il en résulte que l'un des époux devra obligatoirement se retirer de la société pour ne pas entraîner sa dissolution. Dans ces deux catégories d'associations, l'incapacité des époux est donc totale.

Mais la sanction de cette interdiction ne jouera pas immédiatement : un délai de six mois devra s'écouler avant que la dissolution ne prenne effet. La nullité de la société sera évitée si, pendant ce temps, l'un des époux se retire.

Ce délai était nécessaire, car la nullité d'une société est une mesure très grave dont il importe d'éviter l'application.

Cette nouvelle disposition soulève, en outre, d'importantes questions :

1° Une telle éventualité peut amener les futurs, s'ils tiennent particulièrement à leurs intérêts, à demeurer dans une situation inférieure au mariage, celle du concubinage qui présente d'ailleurs, pour eux, d'autres avantages.

2° De plus, en contractant mariage, les époux ont pu ignorer ou ne pas être avertis, s'ils n'ont pas passé de contrat par devant notaire ou si celui-ci a omis de le faire (on ne saurait, en effet, considérer l'interdiction des sociétés entre époux comme un empêchement à mariage) des difficultés qui proviendraient de leur participation à la même société. N'y a-t-il pas là un encouragement au divorce ?

Le mariage conclu, une alternative va s'ouvrir pour les époux :

Ou l'un d'eux consentira à se retirer de la société ;

Ou aucun ne s'y résoudra.

1° Dans le premier cas, la situation ne sera pas encore définitivement réglée. Cette sorte de survie de 6 mois, accordée à la société dès l'instant du mariage, peut ne pas être suffisante ou mise à profit. Il s'agit, en effet, de sociétés de personnes dont l'existence dépend essentiellement de la qualité des membres. Il est bien permis à un associé de se retirer mais en se substituant une autre personne. Or, celle-ci doit être expressément agréée par les autres associés, car le nouveau membre doit jouir d'un certain crédit et présenter des qualités déterminées.

Il sera déjà très difficile à celui des époux qui se retire de découvrir un remplaçant, à cause de la charge indéfinie des dettes sociales qui pèse sur tous les membres ; en

outre, il n'est pas certain qu'il soit agréé par les coassociés.

Ceux-ci sont alors mis dans l'obligation d'acquérir la part sociale du défaillant, mais auront-ils les capitaux suffisants et voudront-ils accroître leur responsabilité ? La masse destinée à faire face aux dettes sociales se trouverait diminuée d'autant.

Pendant le temps nécessaire à l'éclaircissement de la situation, le crédit de la société ne manquera pas d'être sérieusement atteint. Une incertitude pénible aura pesé sur la vie de la société pendant six mois peut-être. Les intérêts de tous les associés et des créanciers risquent d'être gravement lésés.

2° Si aucun des associés ne veut ou ne peut se retirer de la société, après le délai fixé, la dissolution se produira, une liquidation devra s'ouvrir.

Il adviendra parfois que, pour des raisons particulières, telles que la maladie ou l'absence, il ne soit pas possible à l'un des époux d'abandonner la société. Cependant, le délai écoulé, la sanction devra intervenir.

En outre, le projet dit : « L'un des époux devra quitter la société », mais il ne spécifie pas lequel : le mari ou la femme. De là naîtront entre eux des difficultés que le projet voulait éviter, des différends susceptibles de troubler la paix du ménage et de menacer le lien matrimonial. Le mari se trouvera désarmé, d'où échec à l'autorité maritale, ou sera réduit à demander aux tribunaux de révoquer l'autorisation d'exercer le commerce, donnée par lui à sa femme.

Les intérêts des coassociés auront certainement à pâtir de cette situation, et cela est d'autant plus regrettable que la dissolution de la société pourra provenir d'une entente entre des époux déterminés à exercer sur eux une sorte de chantage.

Quoi qu'il en soit, désaccord, mauvaise volonté, manœuvres dolosives des époux, au bout du délai de six mois, la dissolution sera prononcée. Les intérêts des co-associés seront à coup sûr lésés, d'autres intérêts aussi, car la société aura traité avec des tiers, fait des marchés ou promis des fournitures... qu'elle ne pourra plus tenir par l'effet peut-être du simple caprice d'un époux acharné à la ruine de l'autre. Ceux qui auront subi un préjudice, auront-ils le droit de se retourner contre les époux ? La question ne se pose pas en ce qui concerne les tiers, il leur sera loisible d'obtenir réparation. Quant aux autres intéressés, nous nous proposons d'examiner cette question dans la dernière partie de notre étude.

ARTICLE 5 § 2

Avant la promulgation de la nouvelle loi, des sociétés ont pu se former en dérogation des règles ainsi fixées. En effet, malgré la nullité dont elles sont menacées, des sociétés entre-époux peuvent naître, vivre et prospérer dans la pratique. La nullité n'apparaîtra très souvent, et ne sera invoquée devant les tribunaux, que lorsque les affaires sociales auront fortement périçilié. A ce moment, les associés ou les tiers qui avaient contracté avec la société songeront, pour se dégager des liens sociaux et éviter l'accroissement du passif à invoquer tous les moyens à leur disposition : en particulier la nullité de la société entre époux.

Mais, tant que les affaires sociales procureront des bénéfices élevés et permettront d'espérer de gros dividendes, le fonctionnement de la société ne rencontrera généralement aucune entrave.

Cependant la loi ayant interdit à certaines sociétés entre époux de se former, elle ne saurait tolérer leur survivance, si elles existaient déjà. L'article 5 a pour but de régler leur situation.

Les sociétés auront six mois, à partir du jour de la promulgation, pour se conformer à la loi nouvelle, c'est-à-dire aux prescriptions de l'article premier. Dans cette mesure seulement elles pourront subsister ; si leur situation n'est pas régularisée, la nullité surviendra selon les prescriptions de l'art. 3.

§ 2. — ETUDE DES DISPOSITIONS RELATIVES

A LA PROTECTION DES INTERETS DES TIERS

Ainsi que cela résulte de l'exposé du rapporteur et de la discussion du projet en assemblée générale, la Commission n'a pas pris pour base principale de ses travaux, la protection des tiers, mais bien plutôt celle des intérêts des époux. Néanmoins, certains textes importants s'y réfèrent directement (art. 2, § 1, art. 4, art. 5 § 3).

Les tiers qui doivent être protégés en la matière sont nombreux et divers. Ce sont : d'abord les coassociés des époux s'ils en ont, les créanciers de la société, les créanciers personnels de chaque époux et ceux de la communauté dans le cas où les époux sont mariés sous ce régime.

1° LES CRÉANCIERS DE LA SOCIÉTÉ

Ils ont intérêt, certes, à la bonne marche des affaires sociales, mais ce qui doit primer pour eux c'est la conservation de leur gage et l'entière responsabilité de tous les membres de la société : administrateurs, gérants et simples associés. En interdisant aux époux les sociétés de personnes, les auteurs du projet n'ont pas pris cette dernière idée en considération : car c'est dans de telles sociétés que les intérêts des créanciers sociaux sont le mieux protégés. Il s'agissait avant tout d'éviter la main-mise excessive du mari sur les affaires de la femme et d'écarter du

ménage la menace d'une responsabilité indéfinie risquant d'amener sa ruine totale.

2° LES COASSOCIÉS

De même que les créanciers sociaux, les coassociés ont intérêt à ce que la société fonctionne régulièrement et atteigne le but qu'elle s'est fixée. La nullité, venant interrompre brutalement la vie de celle-ci, présente pour ces deux catégories de personnes des inconvénients marqués et leur cause un grave préjudice. En effet :

a) Ou bien la nullité survient alors que la société est en pleine prospérité. Elle oblige les coassociés à liquider une affaire dont la préparation et la mise en œuvre avaient exigés de minutieux et longs efforts et sur laquelle ils pouvaient légitimement compter pour recevoir une large rémunération des capitaux qu'ils lui avaient apportés. De cette opération vont naître, en outre, des soucis moraux et des frais multiples : frais de vente du matériel, de réalisation des stocks, nécessité de rechercher d'autres placements, d'affronter de nouveaux risques !

b) Ou bien la société se trouvait alors dans une période critique dont elle pouvait espérer sortir soit par l'emploi de méthodes nouvelles, soit à raison de l'approche d'une époque de prospérité succédant à un moment de crise. En conséquence, la liquidation s'opèrera dans des conditions de moins-value vraiment désastreuses...

Aussi, à l'instar de ce qui existait déjà dans la loi du 24 juillet 1867 modifiée par la loi du 1^{er} août 1893 (11), les auteurs du projet se sont-ils efforcés de limiter l'application de la nullité des sociétés entre époux. Ils ont concé-

(11) Art. 8, § 3 : « L'action en nullité de la société ou des actes et délibérations postérieures à sa constitution n'est plus recevable, lorsque, avant l'introduction de la demande, la cause de nullité a cessé d'exister ».

dé aux associés un délai de six mois pendant lequel il leur sera loisible de se mettre en règle avec la loi. Durant ce temps, les époux de bonne foi devront abandonner la cogérance qu'ils exercent dans les sociétés mentionnées à l'art premier du projet ou se retirer de la société dans le cas envisagé par l'art. 3 du même texte. Si les époux ne l'ont point fait, ils devront encourir une sanction pénale : ils se verront appliquer les peines de la banqueroute simple.

Nous avons déjà, dans les pages précédentes, signalé les inconvénients d'un délai aussi long, les difficultés aussi de satisfaire aux exigences de la loi.

La nullité, si elle survient, nuira gravement aux intérêts des tiers et à ceux des associés.

Quant à ceux-là, il leur sera loisible de s'adresser aux autres associés pour leur demander réparation du dommage qu'ils subissent de ce fait. L'art. 2 § 1 prévoit d'ailleurs que la nullité ne saurait leur être opposée.

Mais les coassociés qui ont supporté, eux aussi, un préjudice, pourront-ils se retourner contre les époux ?

Il ne semble pas, si les époux sont de bonne foi. En effet, les sociétés entre époux sont nulles pour vice de constitution. Or, dans les sociétés visées par l'art. premier, qui sont toutes des sociétés de personnes, les associés ont dû, par hypothèse, approuver l'entrée de chaque membre nouveau. Ce n'est que leur ignorance de la loi qui les a amenés en une telle conjoncture.

Mais qu'adviendra-t-il, si la nullité provient de la mauvaise foi des époux ? Dans le cas, par exemple, où, par suite d'un désaccord entre eux ou avec leurs coassociés, ou par simple caprice, ils sont demeurés dans la situation déclarée illicite par la loi ?

Pour éviter, sans doute, de telles difficultés, le projet fait peser sur les époux, dans le cas où la faillite viendrait à se produire, la menace d'une sanction pénale :

l'application de l'art. 402 du C. pénal : « Les banqueroutiers seront punis d'un mois au moins, de deux au plus ». Cette perspective saura les amener à réfléchir, d'autant plus que le projet fait de l'application de cette peine une obligation précise pour les juges. « Si la société dans laquelle deux époux sont associés contrairement aux dispositions des articles 1 et 3 de la présente loi, est déclarée en faillite, le tribunal *devra* prononcer contre eux les peines de la banqueroute simple ».

Le devoir strict ainsi imposé aux tribunaux est-il bien conforme à l'équité ? La faillite peut provenir, en effet, de causes indépendantes de la présence même des époux ou de leur volonté propre. Aucune liberté d'appréciation n'est accordée, la sanction sera quasi-automatique. Le juge pourra cependant graduer la peine en choisissant entre les deux limites fixées par le C. Pénal ; de même la tempérer grâce à l'application de la loi du sursis. Dans ce dernier cas, la condamnation est appelée à disparaître à bref délai, par suite de la facilité et de la fréquence des réhabilitations. Remplacer le terme « *devra* » par celui de « *pourra* », c'est donc affaiblir inutilement la répression dans une matière où la loi manque absolument de la sévérité nécessaire.

Mais ce qui importe avant tout aux associés, ce n'est pas tant la possibilité d'une condamnation des époux que la réparation du dommage qui leur a été causé. Puisque la loi frappe les époux d'une peine spéciale, c'est qu'elle sanctionne l'idée de faute, or, celle-ci est génératrice de responsabilité. Il y aura donc lieu au versement de dommages-intérêts aux coassociés, ils se justifient d'autant plus que les époux auront été de mauvaise foi. Le juge devra, pour les fixer, tenir compte des circonstances de la cause : la bonne foi des tiers, qui, cependant, ne devaient pas ignorer le caractère illicite de certaines sociétés entre époux, a-t-elle été surprise ? Dans quelle mesure ?

Les dommages-intérêts seront calculés sur la base du préjudice réellement causé et d'après le gain manqué : marchés passés et non exécutés, dévaluation des valeurs sociales, provoqué par l'instabilité de la société à la suite de la présence des époux parmi ses membres...

3° *Les créanciers personnels des époux* ont, eux aussi, besoin de la protection de la loi. C'est en leur faveur, en effet, que jouent encore aujourd'hui la règle de l'immuabilité des conventions matrimoniales et ses corollaires (restrictions à la liberté des donations entre époux, interdiction de certaines ventes entre époux). Permettre aux époux de modifier, en cours de mariage, leur régime matrimonial, de se faire librement des donations, de passer toutes ventes, à raison des défauts de notre système de publicité, serait leur accorder le droit de diminuer le gage de leurs créanciers.

Mais un danger plus grave encore menaçait les créanciers personnels des époux. La nullité de la société entraîne la responsabilité indéfinie des époux à l'égard du passif social. Or, en même temps qu'eux, lors de la liquidation des affaires sociales, une autre catégorie d'ayants-droit se dressera ; à savoir : les créanciers sociaux.

En face de ceux-ci, quels vont être les droits des créanciers personnels ? Les créanciers sociaux sont munis de certains privilèges tels que le droit d'option (12) et la solidarité. On pourrait croire qu'ils vont jouir aussi d'un droit de préférence à l'encontre des créanciers personnels, à raison même de la notion de société de fait. Ce serait très dangereux pour ces derniers. Mais la doctrine et la jurisprudence se prononcent en faveur du concours des créanciers sociaux et des créanciers personnels. Néanmoins, par suite de l'évolution progressive de la notion

(12) La nullité ne leur étant pas opposable, ils ont le choix entre le maintien de la société ou sa nullité, selon leur intérêt.

de société de fait (à l'imitation de ce qui est, d'ailleurs, déjà admis en Allemagne) et parce que l'idée du droit de préférence est contenue en elle, il est probable que la jurisprudence l'admettra. Le droit de préférence « marquera le terme de l'évolution de celle-ci en matière de société de fait » (13). Il est donc utile que les époux soient protégés contre une responsabilité indéfinie du passif social, afin que leurs créanciers personnels ne subissent pas un grave préjudice.

La défense des intérêts des époux tel est le but fondamental du projet de la société d'études législatives ; accessoirement, il se préoccupe de la protection des intérêts des tiers. Y parvient-il ?

Nous avons déjà remarqué, dans le paragraphe précédent, que l'interdiction portée contre les époux en ce qui concerne les sociétés en nom collectif et les associations en participation (14) était insuffisante. La prohibition devrait être complète, la responsabilité des époux étant illimitée, quelle que soit la situation qu'ils y occupent.

Dans les sociétés à caractère mixte comme la société en commandite simple ou par actions, les époux ne seront protégés contre ce risque, que si l'un d'eux se trouve commanditaire : il n'est alors tenu du passif que dans les limites de son apport.

En outre, sa responsabilité peut être considérablement accrue du fait qu'il s'est immiscé trop avant dans la gestion des affaires sociales, accomplissant par exemple un acte très important susceptible d'engager l'avenir de la société (15). Le juge aura une entière liberté d'appréciation.

(13) HÉMARD, ouvrage cité, p. 731.

(14) Les associations en participation sont, en fait, des sociétés en nom collectif mais à caractère occulte.

(15) Art. 28 C. Com. modifié par la loi du 6 mai 1863.

Restent les sociétés qui sont permises aux époux, parce que l'article premier ne les leur défend pas : les sociétés anonymes, celles à responsabilité limitée, enfin les sociétés civiles. Dans celles-ci, quelle est l'étendue de la responsabilité de leurs membres ? Est-elle toujours limitée à leurs apports ou n'est-elle pas susceptible d'être aggravée largement ?

a) Dans les sociétés anonymes, celle des fondateurs (16) est engagée dans tous les cas où la nullité de la société leur est imputable. Elle est, en outre, en principe, obligatoire et solidaire.

Il en va de même pour les membres du premier conseil d'administration : il leur appartenait, en effet, de rechercher avec soin si la constitution de la société avait été régulière. Ils sont alors tenus à des dommages-intérêts, dont le montant, s'ils ont été la cause unique de l'application de la nullité, pourra être égal à l'intégralité du passif social (17).

A leur tour, les administrateurs nommés en cours de société auront leur responsabilité engagée par les actes frauduleux commis dans l'exercice de leurs fonctions.

Les époux placés dans de telles sociétés encourent donc des risques très lourds.

b) Mais les auteurs du projet pouvaient-ils porter atteinte au but qu'ils poursuivaient : permettre aux époux, sans restrictions, l'accès des sociétés à responsabilité limitée ?

(16) Or, « la plupart des auteurs et la jurisprudence qualifient de fondateurs tous ceux qui ont organisé et mis en activité le corps social : qui ont exercé une action dirigeante, déterminante dans les opérations initiales et préparatoires ». V. PIC au mot « Société », Répertoire pratique Dalloz.

(17) Art. 42 de la loi de 1867.

À première vue, rien ne paraît s'y opposer. Il était, d'abord, très utile en la matière de concéder aux époux une telle capacité car les sociétés à responsabilité limitée sont surtout des sociétés familiales. En outre, par définition, ceux-là même qui les composent ne sauraient s'engager au-delà de leur apport, quelle que soit l'importance du passif.

Mais ce principe comporte des exceptions : la responsabilité de leurs membres peut se trouver démesurément accrue pour des causes diverses. Notre observation vise surtout les gérants de ces institutions.

L'art. 24 de la loi du 7 mars 1925 leur donne, en effet, pleins pouvoirs. Pourvu qu'ils se contiennent dans certaines limites (respect de l'objet même de la société, observation des lois), les actes des gérants engagent tous les associés. « Toute limitation contractuelle de leurs pouvoirs est sans effet à l'égard des tiers » (18). Mais, en compensation, afin d'assurer la protection de ces derniers et d'accorder un grand crédit à la société, diverses mesures sont prises par la loi ou par ceux qui traitent avec les gérants. Elles tendent à augmenter leur responsabilité. En particulier, la loi les menace de sanctions pénales allant jusqu'à l'emprisonnement, en passant par la condamnation à des amendes de 500 à 10.000 fr., sans préjudice d'une responsabilité civile.

En effet, si un dommage a été causé, et en cas de faute constatée à la charge des gérants, ceux-ci devront allouer aux associés, à la société ou aux tiers, des indemnités fixées d'après le droit commun. L'art. 25 de la loi de 1925 prévoit, en outre, qu'ils peuvent être déclarés responsables individuellement ou solidairement. Donc, si les deux

(18) Trib. Com. Seine, 12 janvier 1928. D.H. 1928, p. 251 (confirmé par l'arrêt de la Cour d'appel de Paris en date du 28 novembre 1929. D.H. 1931, p. 7.)

époux sont cogérants d'une telle société, ils encourent une responsabilité sinon indéfinie, du moins très lourde.

La situation est la même pour les fondateurs et les membres du conseil de surveillance : les dommages-intérêts comprendront alors le préjudice subi par les tiers et celui supporté par tous les autres associés auxquels la nullité n'est pas imputable. Les tribunaux appliquent aux fondateurs les règles de la solidarité et décident en sens contraire pour les membres du conseil de surveillance.

De plus, très souvent, pour se prémunir contre les actes abusifs des gérants, dans le cas des sociétés à responsabilité limitée, les tiers exigent des garanties personnelles à côté des garanties légales. Ainsi, parfois, ils seront amenés à se porter caution solidaire de la société, leur condition est alors analogue à celle des associés en nom.

Le projet a gardé le silence au sujet des sociétés civiles. Il faut en conclure qu'elles sont entièrement permises entre les époux. Quelle sera donc leur situation ?

Elles sont très fréquentes dans le cadre de la famille : des mariages, des décès ou d'autres causes encore, peuvent aisément amener deux époux à être à la fois propriétaires de parts de la même société civile.

La société de tous biens présents doit supporter les dettes à la charge des associés au moment où elle est constituée, ainsi que celles qu'ils auront contracté depuis dans l'intérêt de la société.

Dans les sociétés universelles de gains la responsabilité des membres est encore plus étendue : « La société est chargée de toutes les dettes que les associés avaient lors du contrat, ainsi que de celles contractées pendant sa durée par chacun des associés dans l'intérêt social et comme charge des fruits auxquels elle a droit. Il en est de même des dépenses de nourriture et d'entretien des associés et de leur famille, des frais d'éducation des enfants »,

mais « le tout, dans une mesure convenable et modérée » (19).

En outre, lorsqu'elles font l'objet d'une dissolution les sociétés civiles sont soumises à l'application de droits fiscaux très élevés.

§ 3. — LES SANCTIONS DE CES DISPOSITIONS

La sanction prise par le projet à l'encontre des infractions aux dispositions qu'il édicte, soit dans l'intérêt des époux, soit dans celui des tiers, est unique : c'est la nullité. Elle intervient dans son application suivant plusieurs modalités. Elle est, en outre, susceptible d'être aggravée par l'adjonction de pénalités accessoires.

SES MODALITÉS

Nous distinguerons trois hypothèses différentes :

1° Ou, malgré la nullité de la société, il sera tenu compte, pour opérer sa liquidation, des règles déjà fixées dans les statuts (art. 3).

2° Ou, le pacte social sera tenu lui-même pour nul et la liquidation se fera dans les termes de l'art. 1853, c'est-à-dire selon le droit commun (art. 2).

3° Ou, enfin, les peines de la banqueroute simple seront ajoutées contre les époux aux inconvénients spécifiques de la nullité.

SES CARACTÈRES

La nullité déterminée par le projet ne se différencie aucunement par ses caractères des nullités par lesquelles

(19) VAVASSEUR: Traité des Sociétés civiles et commerciales, p. 530.

nos lois sanctionnaient déjà certains vices inhérents aux sociétés. En effet :

1° La nullité peut être invoquée par tous les intéressés (art. 2). Tel est le principe actuellement appliqué par la jurisprudence aux sociétés entre époux. Ce sont ici encore : d'abord les époux parce que le projet est fondé surtout sur les idées d'autorité maritale et de l'immutabilité des conventions matrimoniales et qu'il a pour but la protection de leurs intérêts ; les tiers enfin, parmi lesquels nous rangerons : les créanciers sociaux, les créanciers personnels des époux et ceux de la communauté (si tel est le régime qui les unit).

2° La nullité n'est pas opposable aux tiers par les associés (art. 2, § 1).

D'après la loi du 24 juillet 1867 sur les sociétés par actions, les membres d'une société frappée de nullité peuvent, en principe, se refuser à exécuter les engagements contractés avec les créanciers sociaux. Dans certains cas, cependant, la nullité n'est pas opposable aux tiers : ainsi quand elle est fondée sur l'inaccomplissement des formalités exigées pour la constitution de la société (art. 7), et sa publicité (art. 5).

Il en sera de même quand la société sera annulée à raison de la présence des époux parmi ses membres. C'est une mesure très efficace pour assurer la défense des intérêts des tiers : ils obtiendront ainsi l'exécution des contrats passés par eux avec la société. Il est de toute justice, en effet, qu'en pareil cas, les associés supportent entièrement les conséquences de leur faute et non les tiers.

La loi fixant désormais les conditions de validité des sociétés entre époux avec netteté, ceux-ci sont coupables d'être entrés ensemble dans les sociétés visées par l'art. premier et les associés, de les avoir admis parmi eux.

Mais un problème spécial se pose quand deux associés viennent à se marier. La société, si elle est rangée au nombre de celles interdites aux époux, sera frappée de nullité. On ne saurait cependant en faire grief aux autres associés, puisqu'ils sont exposés à subir un préjudice qu'ils ne pouvaient éviter (20).

La situation est la même si lors de la promulgation de la nouvelle loi des époux sont englobés dans une société interdite et dont personne n'a encore invoqué la nullité. Une telle hypothèse est très plausible : les tiers ont pu la considérer comme valable par suite de l'indécision et de l'obscurité de la solution jurisprudentielle.

Certes, un moyen est offert aux époux de bonne foi de faire disparaître la cause de nullité, mais s'ils ne peuvent en user ou s'ils sont de mauvaise foi, la nullité de la société sera prononcée. L'article 2 du projet « les rend solidairement responsables envers leurs associés et les tiers du dommage particulier qui peut en résulter pour eux ». Mais la réparation du préjudice causé risque d'être illusoire, la fortune des époux sera souvent insuffisante devant l'importance du dommage.

D'autres mesures, surtout d'ordre préventif, s'imposent donc. Pourquoi, puisque les époux se trouvent dans une situation illicite, ne pas les astreindre au paiement de dommages-intérêts moratoires, jusqu'au moment où ils auront abandonné la cogérance ou se seront retirés de la société, c'est-à-dire se seront conformés à la loi ? Cette période incertaine, qui peut durer six mois, si défavorable au crédit social, serait sérieusement écourtée. En outre, très souvent, la nullité serait évitée, donc la protection

(20) D'ailleurs, comment les tiers et les associés peuvent-ils connaître que les époux déjà en société se sont mariés ? Devront-ils tous les jours consulter les registres de mariage ? Ou bien, doit-on sur la base des règles délictuelles faire grief aux époux de leur avoir laissé ignorer leur union ?

des intérêts des tiers, des associés et même des époux pleinement réalisée.

Les auteurs du projet ne sont pas, d'ailleurs, restés étrangers à cette préoccupation, nous l'avons vu : l'art. 4 dispose, en effet, que dans le cas où la société viendrait à être déclarée en faillite par la faute des époux, le tribunal compétent devra prononcer contre eux les peines de la banqueroute simple. Mais, en dehors de là, leurs coassociés demeureront désarmés devant leur passivité ou leur mauvaise foi. C'est donc insuffisant.

EXERCICE DE L'ACTION EN NULLITÉ

Néanmoins, pour pallier aux inconvénients de la nullité, le projet s'efforce d'éluder le plus largement possible son application. Dans ce but, il concède un délai de six mois suspensif de l'exercice de l'action : art. 5, §2 : « Les sociétés qui auraient été constituées contrairement à cet article (art. 1), ou celles dans lesquelles deux cogérants auraient contracté mariage, auront 6 mois pour se conformer aux dispositions qui précèdent. Pendant ce délai, et à l'occasion de ces sociétés, aucune action en nullité ne pourra être intentée ». Grâce à ce délai, nous l'avons vu, il sera souvent possible aux époux et associés d'éviter la liquidation de la société. Ils devront, tantôt abandonner la situation irrégulière qu'il y occupent, tantôt se retirer purement et simplement (21).

Pour parvenir au même résultat, un autre procédé consisterait à opérer la transformation de la société entre époux interdite en une société permise, par exemple, en une société en commandite simple ou à responsabilité limitée (conformément à l'art. 11 de la loi du 7 mars 1925).

(21) On rencontre dans la loi du 1^{er} août 1893 une disposition analogue : « La nullité d'une société par actions, irrégulièrement constituée, peut être couverte par la cessation de la cause de nullité, »

Passé ce délai de 6 mois, la nullité de la société pourra valablement intervenir. Mais quel est le point de départ de ce délai ?

Il varie suivant la situation envisagée :

S'il s'agit des sociétés visées à l'art. 5, c'est-à-dire existant déjà au moment où le projet prendra force de loi, les six mois courront du jour de la promulgation.

Les sociétés visées à l'art. 1 ne pourront être l'objet de l'action en nullité que 6 mois après le jour de leur constitution ou de l'organisation de la cogérance entre les deux époux.

L'article 3 qui vise une autre situation, à savoir le cas du mariage de deux coassociés gérants, paraît donner une autre solution. Le mariage « emporte dissolution de la société, laquelle prendra effet six mois après la célébration du mariage ». Il semble ne laisser aucune place à l'exercice de l'action et faire résulter la dissolution de la société de la célébration du mariage, d'une manière quasi-automatique. Une telle différence ne se justifie point, sinon par l'ambiguïté de cet article. Comme dans les autres cas une période de 6 mois devra s'écouler avant que l'action puisse intervenir efficacement et produire son plein effet.

EFFETS DE L'ACTION EN NULLITÉ

Si la nullité de la société est admise et prononcée par les tribunaux, sa dissolution s'ensuivra. Mais de quelle façon s'opèrera-t-elle ?

En ce qui concerne les tiers, la situation est simple. La nullité ne leur est pas opposable ; la société est liquidée à leur égard en considération du pacte social.

Mais la complexité de la solution donnée par le projet ce qui concerne les associés.

De façon générale, la jurisprudence emploie, pour liquider entre les parties, une société nulle, deux procédés différents selon l'origine de leur nullité. Ainsi, elle distingue :

Les sociétés nulles parce que illicites ;

» » » pour une autre cause, et en particulier pour vice de constitution.

Dans le premier cas, le pacte social et les dispositions qu'il contient sont tenus pour nuls. La liquidation sera faite conformément à la règle que nul ne doit s'enrichir aux dépens d'autrui, c'est-à-dire selon l'équité.

Dans le second cas, le contrat n'est entaché d'aucun vice, les tribunaux devront se référer aux statuts et les respecter (22).

Or, la jurisprudence annule les sociétés entre époux comme illicites ; leur liquidation devrait donc s'effectuer selon la règle ci-dessus énoncée. Mais la solution est loin d'être aussi nette, car elle a su garder une grande liberté d'action.

Le projet de la Société d'études législatives n'adopte, au contraire, aucun des systèmes précédemment étudiés. Il les admet tous deux en les appliquant chacun à une situation déterminée.

Si deux associés se marient, créant ainsi une société entre époux, « en cas de dissolution, la liquidation (devra) s'opérer conformément aux dispositions du pacte social ».

Mais, à l'égard des sociétés visées par l'article premier, l'art. 2 dispose que « lorsque la nullité est prononcée, la liquidation du fonds social s'opère dans les termes des art 1853 et suivants du Code civil ».

Notons, au passage, combien ce terme de « fonds social » est mal venu, puisqu'il est destiné à s'appliquer à des associations en participation dont l'un des caractères spécifiques est de ne pas avoir de fonds social.

(22) HÉMARD, ouvrage cité, page 464.

Le projet est muet sur le mode de liquidation à appliquer aux sociétés entre époux formées avant sa promulgation. Il semble que l'on doive s'en référer à l'art. 2, à raison de son caractère très général.

Mais, pourquoi une telle distinction et une telle différence de traitement ?

L'application de l'art. 1853 du Code civil peut se justifier, il est vrai, mais en notre matière, elle n'est pas exempte de toute critique.

1° Il est destiné à jouer dans tous les cas où l'acte de société n'a pas déterminé les règles de liquidation dont il faudrait user en cas de dissolution. Si l'on admet (comme le fait la jurisprudence) que les sociétés entre époux sont nulles parce que illicites, le pacte social doit, aussi, être tenu pour nul. Cependant, comme la liquidation de la société s'impose en vertu de la notion de société de faits, il est logique d'appliquer l'art. 1853 dont le but est de suppléer à la carence du contrat de société. Mais il y a à cela un grave inconvénient. Très souvent, d'autres personnes seront entrées dans la même société que les époux, ou bien ceux-ci seront apparus dans une société déjà formée. Les intérêts de ces coassociés doivent être pris en considération. Or, en refusant d'appliquer les dispositions du pacte social, cela aboutit à leur égard à une modification de celui-ci. C'est, en quelque sorte, une pénalité qui leur est infligée, bien que la nullité ne leur soit pas toujours imputable.

2° L'article 1853 peut arriver à contredire le principe d'immutabilité. Or, celui-ci doit être respecté, tant qu'il n'a pas disparu de notre Code civil ; dans ce but, il est nécessaire que le mode de répartition des bénéfices ne lui porte pas atteinte. Mais qu'advient-il en fait ?

Si les époux sont mariés sous le régime de communauté, les biens acquis au cours de l'association conjugale tombent dans cette communauté et sont répartis entre eux par moitié lors du partage. De même, les bénéfices leur revenant ensemble ou séparément dans une société dont ils font tous deux partie, devraient dépendre de la communauté pour leur appartenir aussi par moitié, lors de sa dissolution. Or, suivant l'article 1853, « la part de chacun est en proportion de sa mise dans le fonds de la société. A l'égard de celui qui n'a apporté que son industrie, sa part dans les bénéfices ou dans les pertes est réglée comme si sa mise eût été égale à celle de l'associé qui a le moins apporté ». Une telle solution n'est donc pas entièrement conforme aux exigences du principe d'immutabilité.

A plus forte raison, quand les époux seront mariés sous le régime dotal ou celui de séparation de biens, la répartition des bénéfices opérée selon la règle posée par l'article 1853 se fera de façon complètement différente de celle voulue par le régime adopté.

3° Enfin, la solution donnée par le projet à la nullité des sociétés entre époux est contraire à la thèse générale de la jurisprudence. Celle-ci distingue les sociétés nulles comme illicites et celles nulles pour d'autres causes. Mais les auteurs du projet n'ont pas voulu prendre parti, ou plutôt, dans le choix qu'ils ont opéré, ils ont eu en vue un autre critérium : infliger aux associés une pénalité plus ou moins grave selon les circonstances dans lesquelles la société entre époux est apparue (23). Ils ont considéré le cas, où la société est constituée à sa base même par les époux, plus répréhensible que celui où des associés contractent mariage en cours de vie sociale.

(23) Cf. les paroles de M. DOLBEAU, rapporteur au cours de la discussion de l'art. 2. (*Bulletin de la Société d'Etudes législatives*, 1931, p. 252.)

Dans le premier cas, la nullité serait d'ordre public, elle entraînera donc celle du pacte social ; dans le second cas, il s'agirait d'une nullité ordinaire, sensiblement analogue à « celle que la loi de 1867, modifiée en 1893, réglemente aux articles 7 et 8 » (24).

Au point de vue des principes, une telle distinction est très critiquable ; ou la société est illicite et l'article 1853 devra s'appliquer, selon le droit commun, ou la société est nulle pour toute autre raison, et le pacte social sera valable.

D'ailleurs, logiquement, il semble que la société est nulle parce qu'elle a porté atteinte, par sa constitution, à certaines règles légales : dès lors, l'application de l'art. 1853 ne se justifie pas davantage que celle des dispositions du pacte social. « La nullité d'ordre public, si on veut aller jusqu'au bout des principes, et mon savant maître M. le doyen LYON-CAEN n'hésite pas à le faire dans son traité », a déclaré M. AMIAUD lors de la discussion du projet, « n'entraîne pas la liquidation suivant les règles de l'art 1853, mais le refus de toute liquidation. Les associés peuvent reprendre leurs apports, mais s'il y a des bénéfices, aucune action ne doit être accordée aux autres associés contre celui qui les détient » (25).

Néanmoins, devant la nécessité de ne pas méconnaître les intérêts des tiers, il a fallu admettre l'existence d'une société de fait ; en conséquence, une liquidation s'impose. Ceci admis, nous ne voyons pas pourquoi il faut refuser au pacte social le droit de se survivre, dans la mesure au moins où il ne porte pas atteinte aux droits fondamentaux déjà étudiés.

4^e D'autre part, ainsi que le fait remarquer M. AMIAUD, une trop grande latitude est offerte aux époux associés.

(24) *Bulletin de la Société d'Etudes législatives*, 1931, p. 252.

(25) *Idem*, p. 253.

Il leur appartient de choisir entre l'exercice de l'action en nullité de la société ou la régularisation de celle-ci en se conformant aux dispositions légales. La liquidation aura lieu suivant l'un ou l'autre des procédés, ce qui donnera au moins honnête des époux ou au plus avisé, la possibilité de sauvegarder ses intérêts au détriment des autres associés. Une telle alternative a quelque chose de fâcheux ; une solution unique devrait prévaloir, à savoir la solution traditionnelle en matière de sociétés de fait : liquidation conforme aux dispositions du pacte social. Il est, en effet, de l'intérêt de toutes les parties, quand une société a vécu à titre de société de fait et est liquidée comme telle, qu'elle le soit suivant les dispositions qui ont présidé à son existence.

Nous adresserons, enfin, à l'article 5, un reproche tout spécial. Il dispose que « à partir de la promulgation de la présente loi, aucune action en nullité basée sur la présence de deux époux parmi les associés, ne pourra être intentée que... » Ce texte laisserait entendre que les actions en nullité intentées quelque temps auparavant ou à la veille de la promulgation contre des sociétés désormais permises, devraient suivre leur cours !

APPENDICE

Ainsi, le projet de la Société d'Etudes Législatives sur les sociétés entre époux peut être l'objet de nombreuses critiques à tous points de vue : tant à l'égard de sa forme que du fonds.

Cependant, tel qu'il est, surtout si quelques corrections et quelques amendements lui étaient apportés, il ne manquerait pas de fournir, en la matière, d'utiles clartés et précisions, et d'accroître dans une assez large mesure la capacité propre des époux relativement aux sociétés.

Mais il n'a pas fait, et ne fera pas d'ici longtemps encore, l'objet d'une discussion devant les Chambres et, qui plus est, il n'est pas prêt d'être promulgué sous la forme législative. La question des sociétés entre époux continuera, donc, à se poser sous la même forme et ne subira point de modification appréciable.

Dans ces conditions, après l'examen approfondi auquel nous avons procédé, il est utile de rechercher, si dans les limites et sur les bases fixées par la jurisprudence, il ne sera jamais permis aux époux de former entre eux ou avec le concours des tiers, une société valable.

Dans cette étude, nous devons tenir compte, à la fois, du type de société adopté et du régime matrimonial choisi par les époux.

La jurisprudence, il est vrai, proclame dans la majorité de ses décisions, que toute société entre époux est nulle. Or, ce qui provoque cette nullité, c'est avant tout la crainte d'un échec à l'autorité maritale et à l'immutabilité. Cette crainte se traduit par une présomption jurisprudentielle d'atteinte à ces principes. Mais une telle présomption n'est jamais irréfragable, car les tribunaux ne possèdent pas le pouvoir d'en établir de telles. Aussi, chaque fois que les faits la contrediront, nous la verrons disparaître.

Il y a donc place à discussion. Remarquons, tout d'abord, que les tribunaux n'ont eu à se prononcer que sur certains types de sociétés seulement, ceux-là même qui peuvent faire échec au maximum aux deux principes précités : les sociétés en nom collectif et en commandite, les associations en participation. Dans ces espèces, le plus souvent, la nullité s'imposait, et elle n'a pas été, d'ailleurs, toujours prononcée.

Il serait intéressant de connaître quelle serait l'attitude de la jurisprudence dans d'autres cas d'espèces ou dans les autres catégories de sociétés.

La question doit donc être examinée en faisant état des principes d'autorité maritale et d'immutabilité, dont la jurisprudence veut à tout prix assurer le respect. Dans les hypothèses où ceux-ci ne subiront aucune atteinte, la validité des sociétés sera admise par les juges.

Parmi les sociétés entre époux, la jurisprudence fait une double distinction. Elle accorde des traitements différents à celles formées des seuls époux et à celles qui comprennent des tiers.

1° Dans le premier cas, la jurisprudence adopte une attitude uniforme et très nette. La société est nulle comme incompatible avec les principes déjà cités, la solution est certaine et absolue.

2° Mais elle l'est beaucoup moins dans le cas où les époux ont pénétré au sein d'une société déjà constituée, où se sont adjoints des tiers. La jurisprudence hésite.

Citons, à l'appui de cette thèse, un arrêt de la Chambre civile de la Cour de Cassation. Il déclare : seule est entachée de nullité « toute société existant uniquement entre époux, qu'elle soit concomitante antérieure ou postérieure au mariage... » (1) Ceci permet de croire à la validité de certaines sociétés formées entre des époux et des tiers. Dans l'espèce, en effet, la société originaire comptait trois associés : la femme de l'un d'eux se trouve, à un moment donné, investie par dévolution successorale, des droits que son père y possédait. La Cour de Cassation admit la continuation de cette société, malgré la présence des deux époux au nombre de ses membres. Mais le tiers, se retirant des affaires, leur céda sa part : la Cour suprême prononça alors la nullité, parce qu'elle ne comprenait plus que les époux.

Il est certain que le risque d'atteinte aux deux principes d'autorité maritale et d'immutabilité s'amenuise considérablement du fait de la présence de tierces personnes dans la société. Le contrôle des apports se fera d'une manière plus sérieuse, la répartition des bénéfices aura lieu selon les règles de l'équité... Mais la garantie n'est peut-être pas encore suffisante. D'ailleurs, l'arrêt précité se trouve avoir été rendu en matière fiscale, ce qui en atténue la portée. D'autre part, il n'a été suivi d'aucune décision analogue :

(1) Civ. 24 février 1913. - D. 13-I-141. — J. Soc. 1904, p. 228.

ainsi, l'arrêt de la Cour suprême du 3 juillet 1917 ne contient plus la même affirmation (2).

On ne saurait, sur une telle base, fonder des sociétés entre époux d'une validité certaine.

Il est, au contraire, plus intéressant de rechercher, toujours en ce qui concerne les sociétés entre les époux et des tiers, les procédés utilisés par la jurisprudence pour éviter de prononcer à leur encontre une nullité à laquelle elle répugne.

Nous procéderons à cette étude suivant une distinction basée sur le régime matrimonial adopté par les époux.

1° *Sous le régime de communauté*, les époux peuvent, d'après nos tribunaux, contracter une société avec des tiers en observant certaines conditions.

La société sera annulée si la femme y figure avec une personnalité distincte de celle de son mari, c'est-à-dire avec des obligations propres et des droits spéciaux (3).

Mais elle sera valable si le mari et la femme ne constituent qu'un seul et même associé et si l'exercice des droits sociaux est conféré uniquement au mari.

L'autorité maritale se trouve, en effet, sauvegardée, du fait que la femme n'apparaît pas dans l'administration. Il en va de même de l'immutabilité : les époux font solidairement et conjointement un apport à la société. Ceci leur est permis, à raison des droits d'administration et de jouissance du mari sur les biens propres de sa femme et de sa qualité de chef de la communauté. La même

(2) Cass. 3 juillet 1917. - D. 1917-I-127.

(3) Paris, 14 avril 1856. - D. 56-2-231. — Paris, 10 décembre 1896. - J. Soc. 1897, p. 126. — Cass. 23 avril 1902. - D. 1902-I-309.

(4) La société est donc formée par les deux époux d'une part et le ou les tiers d'autre part.

Seine, 19 juillet 1882, sous Req. 6 fév. 1888. - S. 90-I-49. — Seine 18 fév. 1896. - J. Soc. 1897, p. 437. — Seine, 12 décembre 1903. - P.F. 1905-II-158.

situation se présente dans les régimes sans communauté où le mari administre légalement les biens de sa femme et perçoit leurs revenus.

Mais quelles conditions les époux doivent-ils réaliser pour que la jurisprudence puisse les considérer comme ne formant, au sein de la société, qu'une seule et même partie ? c'est-à-dire n'aient pas une personnalité distincte ? Certaines décisions le déclarent expressément.

« Attendu, dit un jugement, que des termes même de l'acte, il résulte que s'il y avait trois intéressés en cause, il n'y avait réellement que deux associés, les époux F... ne formant qu'une seule des parties contractantes ; que ce fait est établi par les livres de la société qui constatent que l'apport social a été fait par la communauté F... ; que le prélèvement mensuel de 300 francs n'était opéré que par la communauté et qu'enfin, la part des bénéfices ou des pertes était au débit et au crédit de la communauté et que Mme F... n'avait pas de compte ouvert et ne touchait rien » (5).

« Attendu, dit un second jugement (6) que les dames Auguste V... et D... demandent la nullité de ces sociétés en se fondant en premier lieu sur ce que le sieur et la dame Arnaud V... y figurent comme associés l'un de l'autre ; qu'elles appuient cette prétention sur la présence de la femme aux actes susénoncés, sur l'autorisation qui, dans les actes, lui est personnellement donnée par son mari...», cependant la Cour valide ces sociétés parce que « ces présomptions se trouvent combattues et détruites par d'autres présomptions également tirées des actes eux-mêmes et plus conformes à l'ensemble de leurs dispositions ; qu'en effet, les actes dans leurs qualités, énoncent la présence,

(5) Trib. com. Dijon, 10 juillet 1883. *Revue Société* 1889, p. 626.

(6) Trib. civil de la Seine, 19 juillet 1882 (précité).

non de trois parties, mais de deux seulement : les époux d'une part, et d'autre part les associés... ; qu'ils déclarent dans les articles 14 et 15 qu'en cas de décès des associés... les sociétés seront dissoutes de plein droit et que les époux Arnaud V... continueront seuls, s'ils le jugent à propos, et pour leur compte personnel, l'exploitation des établissements ; qu'ils reçoivent leur exécution par un compte ouvert sur les livres des sociétés, non personnellement à chacun des époux, mais conjointement à tous deux ; qu'au surplus et dans le doute, l'article 1157 du Code civil dispose que... »

De ces divers jugements et, *a contrario*, de ceux qui prononcent la nullité des sociétés entre les époux et des tiers, parce que ceux-ci n'avaient pas une personnalité distincte (7), il résulte que, pour que cette condition soit réalisée et la société valable, il faut :

1° Que la femme ne figure pas dans l'acte de société comme ayant personnellement la qualité d'associée ;

2° Qu'elle n'ait pas fait d'apports distincts de ceux de son mari ;

3° Qu'elle ne se soit pas réservée la faculté de faire personnellement des versements en compte-courant ;

4° Qu'elle n'ait pas conjointement avec son mari et les autres associés, la signature sociale.

Beaucoup d'auteurs contestent une telle solution : d'après eux, elle ne serait justifiée que si la communauté avait la personnalité morale. Or, en général, la doctrine se refuse à lui conférer une telle prérogative, en vertu des articles 1474, 1476, 1482 à 1484 du Code civil. Il y a là un argument fondamental contre le système jurispru-

(7) Voir en ce sens : Cass. 9 août 1851. - D. 52-I-160. — Nîmes, 24 avril 1900. - D. 190-2-4. — Cass., 5 mai 1902. - P.F. 1905-1-155 (note Cosmoa Dumanoir). — Req. 19 mai 1908. - D. 1908-1-359.

dentiel. Mais il n'a qu'une portée réduite dans notre étude. Ce qui intéresse, en effet, les époux et les tiers, c'est de connaître les droits qui leur sont accordés en fait en non quelle devrait être la décision des tribunaux d'après les principes.

Dans cette mesure, donc, les sociétés entre époux seront valables.

Mais quelle sera la situation de la femme dans les sociétés en nom collectif ? A l'instar de son mari, elle sera engagée par les opérations de la société et risque d'être déclarée en faillite. Aussi, certains ont-ils invoqué à ce titre les articles 5 et 220 du Code civil. Mais ils ne sauraient jouer ici : nulle part, le Code n'interdit à la femme de s'engager solidairement avec son mari en ce qui concerne les affaires commerciales (8) ; en outre, la femme n'est pas appelée à détailler les marchandises du commerce de son époux, car c'est la société qui fait le commerce, et non lui.

Au contraire, ces complications inhérentes aux sociétés de personnes ne jouent pas à l'égard des sociétés de capitaux, surtout s'il s'agit d'apports en argent. Dans le cas d'apports en nature, des difficultés peuvent surgir entre associés, mais ce risque est, en réalité, inexistant : la présence des tiers et l'appréciation de la valeur des apports en assemblée générale offrent toute garantie. Si un tiers seulement était associé aux époux, il faudrait exiger que ses intérêts sociaux soient suffisants pour que les époux n'aient pu établir une société dans le but unique de frauder la loi.

2° *Si les époux sont mariés sous un régime autre que la communauté*, la jurisprudence est formelle : il y aura nullité.

(8) Trib. com. Seine, 12 décembre 1903. - P.F. 1905-2-158.

Sous la séparation de biens, en effet, l'apport devra être fait par la femme personnellement, puisqu'elle a l'administration de ses biens et le droit d'en percevoir les revenus. N'ayant pas d'intérêts communs, les époux ne pourront, dès lors, former une société valable. Ils ont une personnalité distincte en toutes hypothèses.

La femme peut-elle, au moins, être actionnaire dans une société en commandite par actions dont le mari est gérant ? Cela paraît admissible, car il n'en résulte aucune atteinte, soit à l'autorité maritale, soit à l'immutabilité. Les actions, représentant l'effort réalisé, demeurent dans le patrimoine de la femme ; le mari exerce sur elle les pouvoirs résultant du régime matrimonial, mais la femme conserve ses pouvoirs d'administration.

Les époux peuvent, de même, entrer valablement dans une société anonyme. Ils reçoivent des titres dans la mesure de leurs apports ; ces titres restent soumis aux règles du régime matrimonial adopté : ainsi, la femme ne peut les aliéner sans l'autorisation de son mari. Si les apports ont lieu en numéraire, la validité des sociétés entre époux apparaît encore plus certaine, car il n'y a, désormais, aucun conflit d'intérêts possible.

Cependant, s'il est démontré que les époux n'ont formé avec des tiers une telle société, que dans le but de porter atteinte aux droits de leurs créanciers, la nullité interviendra.

En résumé : Les époux mariés sous communauté sont très favorisés par la jurisprudence à l'égard des sociétés ; quant à ceux mariés sous d'autres régimes, leur capacité peut se trouver accrue du fait qu'ils ont adjoint, au régime dotal surtout, une société d'acquêts.

CONCLUSION

Ainsi, la jurisprudence s'est révélée incertaine et incohérente, le projet de la Société d'Etudes Législatives imprécis et insuffisant...

L'utilité des sociétés entre époux, déjà patente lors de l'apparition du Code civil, n'a cessé de croître avec les besoins du commerce ; la jurisprudence l'a fort bien reconnu, en admettant la validité de certaines de ces sociétés dans des conditions données...

Une réforme s'impose donc ; la majorité de la doctrine lui est favorable. Seules, des discussions motivées par l'existence de quelques principes, s'élèvent quant à son étendue. Elle n'est que l'un des aspects de l'évolution qui se produit de nos jours et tend à réaliser l'égalité des sexes dans la famille et la vie sociale, en même temps qu'à faciliter le mariage en adaptant cette institution aux nécessités présentes qui sont, avant tout, économiques.

Autorité ou puissance maritale, immutabilité des conventions matrimoniales... sont des principes appelés à disparaître rapidement. Dès lors, la question des sociétés entre époux apparaîtra sous un jour nouveau. La réfor-

me de celles-ci est fonction des réformes précédentes. Les premières étant réalisées, il est certain que la capacité des époux en matière de sociétés sera entière.

Mais jusque-là, il sera difficile d'établir des constructions théoriques qui ne soient point l'objet de sérieuses critiques, fondées toujours sur les arguments jurisprudentiels. De telles idées sont désormais acquises et pèsent lourdement sur l'évolution... Tout ce qui sera fait, sera nécessairement insuffisant.

En étudiant dans quelle mesure la jurisprudence permet néanmoins aux époux de former des sociétés ou d'y entrer ensemble, nous avons remarqué combien c'était peu de choses et combien incertain et fragile.

Il nous semble que le but final auquel l'évolution doit tendre, c'est la validité entière des sociétés entre époux. Ce serait moral, car il faut leur permettre ce que nos tribunaux accordent largement à des personnes associées par des liens inférieurs (et que l'Etat n'a nul intérêt à encourager). Ce serait juste, car il est logique d'attribuer aux époux le droit d'associer leurs biens de même que leurs efforts. Il est regrettable que les individus vivant en concubinage jouissent de tous les avantages déjà accordés aux personnes mariées (droit à pension, etc...) et n'en connaissent point les inconvénients (tels l'interdiction d'entrer en société...) (1)

(1) Req. 14 mars 1927. D. Hebd. 1927, p. 233. Dans la *Revue trimestrielle de Jurisprudence*, 1928, p. 130, M. NAST note la tendance des tribunaux à admettre, sous l'empire des nécessités, l'établissement d'une société de fait entre concubins vivant ensemble ou exploitant en commun certains biens.

« Cette tendance jurisprudentielle, écrit-il, mérite d'attirer l'attention à un moment où le parti féministe voudrait faire substituer par le Parlement la séparation de biens à la communauté. Si ce vœu venait être exaucé, il y aurait entre concubins une union ou une association d'intérêts plus étroite qu'entre gens mariés ; l'institution qu'on dit sacro-sainte du mariage s'effriterait un peu plus et l'union libre présen-

La question qui se pose est de savoir si la réforme de la matière des sociétés entre époux doit être réalisée avant celles qui porteront respectivement sur la puissance maritale et l'immutabilité.

Le vote d'un projet transactionnel et limité, stabiliserait à nouveau la matière ; un effort supplémentaire serait plus tard nécessaire pour la mettre en harmonie avec la nouvelle législation : d'où des retards et des complications.

Mais, d'autre part, accorder aux époux une capacité sans limite serait chose dangereuse à raison de la publicité incomplète et même inexistante en ce qui concerne le statut matrimonial, à moins de bloquer les deux réformes en une seule.

Nous estimons cependant qu'il y aurait intérêt à proclamer la validité complète des sociétés entre époux. La loi devrait faire les réserves habituelles relatives à l'ordre public et aux bonnes mœurs et prévoir pour chacun des époux et des tiers intéressés le droit d'intenter une action qui leur permettrait de démontrer les fraudes.

Ainsi, notre Code serait utilement complété et une équivoque dangereuse supprimée.

terait, particulièrement pour les femmes, plus d'avantages que le mariage qu'elle supprime un peu plus chaque jour dans les mœurs contemporaines ».

BIBLIOGRAPHIE

1° GRANDS TRAITES

- AUBRY et RAU. — Cours de droit civil français, 5^e éd., par Rau, Falcimaigne Gault et Bartin, Tomes IV et VII.
- COLIN et CAPITANT. — Cours élémentaire de droit civil français, 7^e éd., Tomes I et III.
- DALLOZ. — Répertoire pratique Dalloz, édition 1925, T. 11, au mot « Société » (étude de M. Pic).
Dalloz Hebdomadaire.
Répertoire général de jurisprudence.
- DECLAREUIL. — Histoire générale du droit français, « des origines à 1789 », Paris, Sirey, éd. 1925.
- DELSOL. — Revue pratique de droit français, 1856.
- ESCARRA. — Principes de droit commercial, éd. 1934, tome I.
- GÉNY. — Science et technique en droit privé positif, éd. 1921, Tome III, Paris, Rousseau.
- GIDE. — Etude sur la condition privée de la femme, 2^e édition, Paris 1885.
- GIRARD (P.-F.). — Traité de droit romain, 8^e éd. mise à jour par F. Senn. Paris, Rousseau, 1929.
- HÉMARDE (J.). — Théorie et pratique des nullités de sociétés et des Sociétés de fait. Sirey, Paris, 2^e édition, 1926.
- HOUPIN et BOSVIEUX. — Traité général théorique et pratique des sociétés civiles et commerciales, 7^e éd., Paris 1935.
- JAMET (Victor). — Des contrats à titre onéreux entre époux.

- KOVALEWKI. — Tableau des origines et de l'évolution de la famille et de la propriété. Stockholm, Samson et Wollin, 1890.
- PERREAU (E.-H.). — Technique de la jurisprudence en droit privé. Paris 1923, tome I.
- PLANIOL et RIPERT. — Traité pratique de droit civil français, 5^e éd., Tomes II, VII.
- PONT (Paul). — Des sociétés civiles et commerciales, Paris 1884.
- POTHIER. — Œuvres, nouv. éd. Paris Beaucé, 1817-20.
- ROUSSEAU (Rodolphe). — Traité des sociétés commerciales françaises et étrangères. Paris, 1921. Tomes I et II.
- THALLER et PIC. — Traité général de droit commercial, Paris 1931, 2 vol.
- TROPLONG. — Du contrat de mariage. Paris 1851, tome I.
- VAVASSEUR. — Traité des sociétés civiles et commerciales, par J. Bonnesse, Moliérac et Rouet, 7^e éd.
- VIOLLET. — Histoire du droit civil français. Paris, 1905.

2^e THESES

- AVOLLÉE (Léon). — Des sociétés entre époux. Paris, 1903.
- BOULANGER. — Les contrats à titre onéreux entre époux. Poitiers, 1901.
- BROCHE (Georges). — De quelques caractères de la gérance dans les sociétés à R.L. Paris, 1933.
- COTTET. — De la nullité des sociétés entre époux. Lyon, 1920.
- FOURNIER (Edouard). — De l'adjonction d'une société d'acquêts au régime dotal. Paris, 1908.
- FROMONT DE BOUAILLE. — Etude comparée des pouvoirs des gérants dans les différentes formes de sociétés par actions. Paris, 1930.
- GARRELON. — Etude sur l'immutabilité des conventions matrimoniales. Bordeaux, 1891.
- GIRY. — Les sociétés entre époux. Paris, 1907.
- LANCE. — Essai sur les contrats à titre onéreux entre époux. Caen 1866.
- MOLIÉRAC. — Etude sur les sociétés entre époux. Bordeaux, 1907.
- MORIZOT-THIBAUT. — L'autorité maritale. Paris, 1899.
- PETRESCO ERCEA. — La puissance maritale en droit comparé. Paris, 1923.
- RIEUNIER. — De l'émancipation économique et politique des femmes. Montpellier 1922.
- ROUX (Paul). — Des dommages-intérêts pour nullité de contrat. Dijon 1902.

SÉVÉRAC (Charles). — De la société d'acquêts joints au régime dotal. Montpellier 1906.

TILLIER. — De la prohibition des sociétés entre époux. Poitiers, 1911.

VEAUX (André). — Le libre salaire de la femme mariée et la contribution des époux aux charges du ménage Rennes, 1925.

VIALLETON (Henri). — L'autorité maritale sur la personne de la femme. Montpellier 1919.

3° PERIODIQUES ET REVUES

Annales de droit commercial.

Bulletin de la Société d'études législatives.

La Basoche, revue nouvelle du notariat.

Journal des Tribunaux de Commerce.

» *des Notaires.*

» *du Palais.*

» *Officiel.*

Répertoire général pratique du notariat et de l'enregistrement.

Revue critique de législation et de jurisprudence.

» *des Sociétés.*

» *Générale du Droit, Législation et Jurisprudence.*

» *politique, des idées et des institutions.*

» *pratique de Droit français.*

» *trimestrielle de Droit civil.*

Vu :

Le Président de la thèse,

E. DEMONTES.

Vu :

Montpellier, le 4 mai 1936.

Le Doyen,

MORIN.

Vu et permis d'imprimer :

Montpellier, le 4 mai 1936.

Le Recteur.

TAILLIART.

TABLE DES MATIÈRES

INTRODUCTION.	5
-----------------------	---

PREMIÈRE PARTIE

NOTIONS HISTORIQUES.....	11
--------------------------	----

DEUXIÈME PARTIE

LA JURISPRUDENCE ET LES SOCIÉTÉS ENTRE ÉPOUX.....	17
---	----

A. — <i>La portée de la nullité</i>	20
---	----

B. — <i>Les Fondements de la nullité</i>	23
--	----

1° Le respect de l'autorité maritale.....	24
---	----

2° L'immutabilité des conventions matrimoniales....	39
---	----

3° Les restrictions à la liberté des donations entre époux.	52
--	----

4° La prohibition des ventes entre époux.....	59
---	----

5° La prohibition des sociétés universelles.....	63
--	----

6° La capacité incomplète de la femme commerçante.	63
--	----

C. — <i>La nature et les caractères de la nullité</i>	70
---	----

D. — <i>Les effets de la nullité des sociétés entre époux</i>	81
---	----

TROISIÈME PARTIE

ETUDE DU PROJET DE LA SOCIÉTÉ D'ÉTUDES LÉGISLATIVES.	87
A. — <i>Une réforme s'impose</i>	92
B. — <i>Quelques opinions de la doctrine</i>	99
C. — <i>Étude du projet</i>	106
1° Dispositions inspirées par le souci de la protection des intérêts des époux.....	110
2° Dispositions inspirées par le souci de la protection des intérêts des tiers.....	126
3° Sanctions de ces dispositions.....	133
4° Appendice.	143
CONCLUSION.	151
